

**Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación
Instituto Universitario de Estudios Europeos
Universidad CEU San Pablo
Madrid**

Arbitraje

Revista de arbitraje comercial y de inversiones

volumen VIII

2015 (1)

***Iprolex*, S.L.**

ISSN: 1888-5373

Depósito legal: M-6394-2008

Impreso en España – Printed in Spain

Torreblanca Impresores. Paseo Imperial, 57, 28005 Madrid (España)

Dirección

Evelio Verdera y Tulles

Catedrático emérito de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Académico de número de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del *Institut de Droit International*

Consejo Editorial

Presidente

José María Beneyto

Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad CEU –San Pablo (Madrid).
Socio de Gómez Acebo– Pombo, Abogados

José M^a Alonso Puig

Managing partner, Baker & McKenzie
Madrid S.L.P.

Pedro J. Martínez Fraga

Partner, Bryan Cave LLP (Miami).

Alberto Bercovitz Rodríguez–Cano

Catedrático de Derecho mercantil de la UNED. Alberto Bercovitz Abogados

Alexis Mourre

Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Partner of Castaldi Mourre–Partners (París)

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Alcalá de Henares. Consejo Académico de Gómez–Acebo–Pombo

Luis M. O’Naghten

Chair, International Litigation & Arbitration Practice (Miami)

Bernardo Cremades Sanz–Pastor

Socio Fundador de Cremades y Asociados

Manuel Olivencia Ruíz

Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla. Vicepresidente de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Siegfried H. Elsing

Socio de Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP
Dusseldorf, Alemania)

Pilar Perales Viscasillas

Catedrática de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Representante de España en la Uncitral

Juan Fernández Armesto

Profesor Ordinario de Derecho mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas –ICADE. Armesto–Asociados

Leonel Pereznieto Castro

Catedrático de Derecho internacional privado de la UNAM (México). Jáuregui y Navarrete, S.C. (México)

Antonio Hernández–Gil Álvarez–Cienfuegos

Catedrático de Derecho civil de la UNED. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Francisco Ramos Méndez

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona. Ramos–Arroyo

Antonio Hierro

Abogado del Estado. Socio de Cuatrecasas Gonçalves Pereira

Jesús Remón Peñalver

Abogado del Estado. Director del Área de Derecho público, Procesal y Arbitraje del Despacho Uria–Menéndez

Rafael Hinojosa Segovia

Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

Andrés Rigo Sureda

Ex Vicepresidente Jurídico Adjunto del Banco Mundial. Abogado y Árbitro internacional

Rafael Illescas Ortiz

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado

Juan Serrada Hierro

Abogado del Estado. Presidente de la Corte Civil y Mercantil (CIMA)

Fernando Mantilla Serrano

Partner in Shearman–Sterling’s International Arbitration Group (París)

Juan Sánchez–Calero Guilarte

Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Estudio Jurídico Sánchez Calero

Antonio Sánchez Pedreño Kennaird

Presidente de la Corte de Arbitraje
De Madrid

Miguel Temboury Redondo

Abogado del Estado. Subsecretario de Economía y
Competitividad

Miguel Virgós Soriano

Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad Autónoma de Madrid. Socio de Uría-Menéndez

Secretario**Gonzalo Stampa Casas**

LL.M. University of London. Doctor en Derecho Universidad
Complutense. Stampa Abogados, Madrid

Redactores

**Ana Fernández Pérez, Miguel Gómez Jene, Iván Heredia Cervantes, Iñigo
Iruretagoiena Agirrezabalaga, Enrique Linares Rodríguez, Seguimundo
Navarro, Ixusko Ordeñana Gezuraga, Adriana Noemí Pucchi, Francisco Ramos
Romeu y Marta Requejo Isidro**

iprolex@iprolex.com

Publicación: Iprolex, S.L.
Mártires Oblatos, 19 bis
28224 Pozuelo de Alarcón (Madrid)
Teléfono (34) 91 709 00 65 / Fax (34) 91 709 00 66
<http://www.iprolex.com> / iprolex@iprolex.com

Distribución: Marcial Pons
Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6
28037. Madrid (España)
www.marcialpons.es

Sumario

Estudios

Miguel GÓMEZ JENE	
<i>Arbitraje internacional y Reglamento Bruselas I Refundido</i>	15-48
Enrique LINARES RODRÍGUEZ	
<i>La inmunidad estatal como obstáculo a la ejecución de los laudos en materia de inversión</i>	49-96

Varia

M ^a Victoria SÁNCHEZ POS	
<i>La constitución del tribunal en el arbitraje con pluralidad de partes</i>	97-121

Práctica arbitral

TatsianaUSHAKOVA	
<i>El caso Yukos desde una óptica multidimensional, con especial referencia a los problemas de competencia</i>	123-170

Textos legales

España

<i>Disposición sobre arbitraje del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014</i>	171-173
---	---------

La inmunidad soberana como obstáculo a la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión *

Enrique LINARES RODRÍGUEZ **

SUMARIO. I. Introducción. II. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en materia de protección de inversiones. 1. Precisiones terminológicas necesarias. 2. Marco jurídico y la ejecución en terceros Estados: A) Planteamiento; B) Sistema del Convenio de Washington de 1965; C) Convenio de Nueva York de 1958; D) Ejecución del laudo *Sedelmayer / Rusia*. III. Inmunidad del Estado y laudos sobre protección de inversiones. 1. Problemática, definición y fundamento de la inmunidad del Estado. 2. Alcance de la inmunidad: “inmunidad absoluta” vs. “inmunidad relativa”. 3. El sometimiento a arbitraje por un Estado y la distinción entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución. IV. Fuentes normativas de la inmunidad y práctica de los tribunales nacionales al ejecutar los laudos en materia de inversión. 1. La costumbre internacional. 2. Regulación convencional internacional: Convención ONU 2004. 3. Leyes nacionales sobre la inmunidad estatal: A) EE UU; B) Reino Unido. 4. La aplicación jurisprudencial: entre la ejecución efectiva de los laudos y la inmunidad de ejecución de los Estados. V. Conclusiones.

Resumen: La inmunidad soberana como obstáculo a la ejecución de laudos extranjeros en materia de inversión

La eficacia de los laudos arbitrales dictados en materia de inversión se ve favorecida por diversos convenios internacionales, señaladamente la Convención de Washington de 1965, que establece un régimen autónomo para este tipo de arbitraje y la Convención de Nueva York de 1958. Sin embargo, cuando la parte condenada en el procedimiento arbitral ha sido un Estado soberano y se niega a cumplir voluntariamente lo establecido por los árbitros, el inversor se verá abocado a iniciar un proceso, esta vez judicial, para llevar a cabo la ejecución forzosa del laudo ante una o varias jurisdicciones y satisfacer así el derecho que previamente le fue reconocido. En estos casos, el Estado renuente al pago puede

* Este artículo constituye la versión escrita de la comunicación presentada en el “I Congreso de Derecho económico internacional y de Derecho de los negocios internacionales”, organizado por el Departamento de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid, 5 y 6 junio 2014; y se enmarca en un proyecto más amplio que abarca, además de la inmunidad soberana, otros problemas que afectan a la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión.

** Becario investigación predoctoral UCM.

alegar una importante prerrogativa derivada del Derecho internacional público: su inmunidad de ejecución, y llegar a impedir, al menos procesalmente, la adopción de medidas coercitivas contra determinados bienes que se encuentren fuera de su territorio. El presente artículo aborda esta interacción entre la ejecución efectiva del laudo y la inmunidad de los Estados, analizando tanto el marco jurídico de ambas instituciones, como la costumbre internacional y práctica jurisprudencial de los tribunales sobre la materia.

Palabras clave: ARBITRAJE INVERSIÓN – CIADI – LAUDO ARBITRAL – EJECUCIÓN – INMUNIDAD.

Abstract: Sovereign immunity as an obstacle to the enforcement of foreign awards on investment

Effectiveness of investment treaty arbitration awards is favored by some international conventions, mainly ICSID Convention, which provides an autonomous system for this kind of arbitration, and the New York Arbitration Convention of 1958. However, when the loser party of the arbitration is a State and it refuses to comply the award, the investor will have to start another proceeding, judicial instead of arbitration, to carry out the award's enforcement in one or more jurisdictions to satisfy the pecuniary obligation imposed by the award. In these cases, the reluctant State could claim the immunity from execution as a procedural bar, and prevent the adoption of measures of constraint against certain property located outside its territory. This paper analyses the interaction between the effective enforcement of arbitral awards and the States immunities, considering the legal framework of both institutions, the customary international law and the jurisprudence on the matter.

KEY WORDS: INVESTMENT ARBITRATION – ICSID – ARBITRAL AWARD – ENFORCEMENT – EXECUTION – STATE IMMUNITY.

I. Introducción

Cuando un inversor o un Estado deciden instar un arbitraje en materia de inversiones, lo hacen con la seguridad de que en caso de obtener un laudo favorable a sus intereses, tal decisión podrá ser ejecutada rápidamente en una o varias jurisdicciones. Esta posibilidad de ejecución forzosa de los laudos, que en principio es más segura y fácil de lograr que con sentencias judiciales, ha constituido también un elemento clave en el desarrollo vertiginoso del arbitraje de inversiones frente a otros métodos alternativos de resolución de controversias, como la protección diplomática o la jurisdicción ordinaria. En todo caso, ello se une a la realidad de que la gran mayoría de los laudos arbitrales en materia de inversión son cumplidos voluntariamente por la parte condenada, sobre todo aquellos que son dictados en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro).

En la actualidad, la ejecución de los laudos en materia de inversión se ve favorecida por diversos mecanismos convencionales, señalada-

mente la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 junio 1958¹ (CNY) y el régimen autónomo que establece el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho Washington el 18 marzo 1965² (CW), por el que se crea el CIADI. En el ámbito jurisdiccional no ocurre nada semejante respecto a la ejecución de sentencias judiciales, pues salvo el Espacio de libertad, seguridad y justicia creado en el marco de la Unión Europea, los intentos de lograr una Convención mundial de execuátur en el seno de la Conferencia de la Haya a principios de la década de los '90 nunca llegaron a fructificar, debido a la falta de consenso en la extensión del régimen del Convenio de Bruselas de 1968 a otros Estados.

Sin embargo, la eficacia de los laudos puede verse comprometida cuando la parte condenada en el procedimiento arbitral ha sido un Estado soberano que se niega a cumplir voluntariamente lo establecido por los árbitros. En tales supuestos, el inversor se verá abocado a iniciar un proceso judicial de reconocimiento y ejecución del laudo ante una o varias jurisdicciones, que pueden coincidir con la del Estado de su nacionalidad o simplemente tratarse de aquel territorio donde el Estado condenado tenga bienes suficientes para satisfacer la condena prevista en el laudo. En los procesos ejecutivos el Estado renuente al pago puede alegar una importante prerrogativa derivada del Derecho internacional público: su inmunidad de ejecución, y llegar a impedir así, al menos procesalmente, la adopción de medidas coercitivas contra determinados bienes que se encuentren fuera de su territorio y que presenten una finalidad soberana. De hecho, como se verá, la práctica jurisprudencial ha demostrado que al Estado suele bastarle un mínimo esfuerzo probatorio para alegar con éxito que los bienes objeto de ejecución tienen una finalidad que les hace inmunes a las medidas coercitivas. Se quiebra así el principio de igualdad de armas que las partes venían ostentando durante el arbitraje y pueden verse afectados derechos fundamentales, como el de tutela judicial efectiva. En consecuencia, tales procedimientos de ejecución devendrán en ocasiones ineficaces, llegando a ser largos y muy costosos para el inversor ejecutante, y así se demostrará con la exposición del

¹ BOE, 9 y 11-VII-1977; en febrero de 2015 la CNY de 1958 contaba con 154 Estados parte.

² BOE, 13-IX-1994; actualmente son 144 los Estados parte del Convenio de Washington de 1965, teniendo en cuenta las denuncias efectivas de Bolivia en 2007, Ecuador 2010 y Venezuela 2012.

caso *Sedelmayer / Rusia*, donde el inversor tardó más de dieciséis años en satisfacer la condena pecuniaria que el laudo imponía a Rusia, aunque ingenio y persistencia no le faltaron en sus esfuerzos de ejecución contra el gigante euroasiático.

La problemática de la inmunidad incluso puede ir más allá y llegar a afectar las relaciones entre sujetos de Derecho internacional. En efecto, cuando un particular insta en el territorio de un Estado la ejecución forzosa de un laudo sobre inversiones, se produce una situación que enfrenta a dos entes dotados por igual de independencia y soberanía: (i) el Estado del foro, cuyos tribunales están conociendo sobre la ejecución del laudo contra otro Estado y (ii) el Estado extranjero, condenado en el procedimiento arbitral previo y renuente a cumplir voluntariamente el laudo. Los principios de soberanía territorial e independencia, aseguran la facultad de Estado del foro de legislar, juzgar y decidir sobre las relaciones que se someten a su competencia; mientras los principios de soberanía e igualdad de los Estados, protegen el interés del Estado renuente al pago de que los bienes de su titularidad, o al menos los que entran en determinada categoría, no sean objeto de ejecución forzosa.

Ciertamente la preocupación por la fase ejecutoria de los laudos no es nueva. En la década de los ochenta fueron numerosos los estudios científicos que buscaron sistematizar la materia ante la reticencia de determinados Estados, como la República del Congo o Liberia, a cumplir las obligaciones establecidas por tribunales arbitrales internacionales³. Surgió así una importante bibliografía que aún en nuestros días se mantienen como clásicos de la materia⁴. En España también fueron muy lúcidas obras sobre la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que vieron la luz mucho antes de que el Estado formase parte de la CW de 1965⁵. En los años noventa disminuyó el interés sobre el tema ante un período de relativa calma y cumplimiento voluntario de los laudos por Estados y particulares. En nuestros días, este interés ha resurgido con denuedo, impulsado por el estancamiento en que se encuentran numerosos laudos dictados contra

³ La emisión del primer laudo en materia de protección de inversiones dictado en el CIADI tuvo lugar el 29 agosto 1977 (*Adriano Gardella S.p.A. / Côte d'Ivoire*, caso CIADI No. ARB/74/1) y el tercer laudo, dictado el 8 agosto 1980, ya contaría con la negativa del Estado condenado a darle cumplimiento (*S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant / People's Republic of the Congo*, caso CIADI No. ARB/77/2).

⁴ Destacando autores como C. Shreurer, G.R. Delaume o A. Broches, éste último, fundador en 1967 del CIADI.

⁵ A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, Edersa, 1980.

Argentina, y la actitud renuente al cumplimiento de otros Estados como Rusia o Venezuela, todos importantes receptores de inversión extranjera directa⁶.

A pesar de lo anterior, la problemática de la inmunidad estatal como límite que condiciona la ejecución de laudos, continúa generando incertidumbre y ha sido poco estudiada en comparación con otros segmentos del arbitraje. En ello han influido, entre otros factores, los ya mencionados elementos de Derecho internacional público que son inherentes a la inmunidad soberana, la inexistencia de una regulación universal que esté en vigor sobre la materia y las particularidades de los distintos sistemas nacionales de ejecución a los que habrá de acudir el inversor. Pues son las normas del Estado del foro las que rigen el proceso de ejecución forzosa, así como el alcance real de la inmunidad soberana de ejecución, y ello conduce como se verá, a que la ejecución del laudo dependa en gran medida de variables aleatorias, según la jurisdicción que conoce del proceso ejecutivo.

El presente artículo busca precisamente arrojar luz sobre la interacción que existe entre la ejecución efectiva de los laudos dictados en materia de inversión y la inmunidad de los Estados. Para ello, se analizará tanto el marco jurídico de ambas instituciones, como la práctica jurisprudencial de los tribunales, buscando los criterios que permitan al inversor que obtuvo un laudo favorable, llevar a cabo exitosamente la ejecución forzosa del mismo. Problema que será abordado en la hipótesis de que se pretenda la ejecución en un país distinto de aquél que ha sido condenado y partiendo de la vigencia de la inmunidad de ejecución de los Estados.

II. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en materia de protección de inversiones

1. Precisiones terminológicas necesarias

Una vez concluido el procedimiento arbitral y ante la falta de cumplimiento voluntario, son los tribunales estatales, investidos de *imperium*, quienes toman el relevo de los antiguos árbitros para llevar a cabo la ejecución del laudo. La jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales en estos procesos, ha reflejado que en la práctica no

⁶ La posición argentina, no obstante, ha dado un giro positivo. El Estado suscribió un acuerdo transaccional con los acreedores de varios laudos arbitrales pendientes de ejecución para liquidar las cantidades adeudadas.

siempre es fácil distinguir entre la etapa de reconocimiento y la etapa de ejecución propiamente dicha. Cada una de estas fases tiene su propio contenido y una errónea diferenciación que exija requerimientos inapropiados, podría comprometer la eficacia del laudo. Así sucedió con la ejecución forzosa de los laudos CIADI emitidos en los asuntos *Benvenuti y Bonfant / República Popular del Congo*⁷ y *SOABI / Senegal*⁸. En ambos casos se dictaron laudos que comprendían una condena pecuniaria contra los Estados receptores de inversión y la negativa de estos al cumplimiento voluntario de la condena, dio lugar a que los inversores instasen la ejecución forzosa del laudo ante los tribunales, en este caso, franceses. En lo que ahora interesa, basta adelantar que los tribunales competentes de este país aplicaron en la etapa de reconocimiento, cuestiones propias de la fase de ejecución, en concreto, las restricciones derivadas de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros⁹, lo provocó que posteriormente las decisiones sobre reconocimiento fueran rectificadas por órganos superiores¹⁰.

⁷ Caso CIADI n° ARB/77/2, laudo de 8 agosto 1980, *ICSID Rep.*, vol. 1, 1993, pp. 330–367.

⁸ Caso CIADI n° ARB/82/1, laudo de 25 febrero 1988, *ICSID Rev.—FILJ*, vol. 6, 1991, pp. 125 ss.

⁹ En este trabajo, el indicador relevante para otorgar al Estado la condición de extranjero será el foro. Cuando el Estado ante cuyos tribunales se está llevando a cabo el proceso ejecutivo no es el Estado objeto de las medidas coercitivas, éste último será el considerado extranjero.

¹⁰ En el caso *Benvenuti y Bonfant / República Popular del Congo* esta problemática se hizo palpable en la decisión del *Tribunal de Grande Instance* de París de 23 diciembre 1980 (*Rev. arb.*, 1982, p. 205), por la que se otorga fuerza ejecutiva al laudo bajo la condición de que no se tomase ninguna medida de ejecución sobre los bienes del demandado en territorio francés si no se contaba con una autorización previa del propio tribunal. En Auto de 13 enero 1981 (*ICSID Rep.*, vol. 1, p. 369), el mismo *Tribunal de Grande Instance* justificó la limitación sobre la base de que no era posible diferenciar entre los bienes vinculados a actividades soberanas y aquellos destinados a actividades comerciales sin realizar previamente una investigación, por lo que cualquier otra decisión hubiese sido contraria a la soberanía del Estado extranjero y a los principios de cortesía e independencia internacional; para mayor análisis de esta cuestión *vid.* S. Choi, “Jurisdiccional Enforcement of Arbitration Awards under the ICSID and New York Conventions”, *New York Univ. J. of Int’l Law and Politics*, n° 1–2, vol. 28, 1995–96, pp. 175–182. Finalmente, la condición restrictiva de las anteriores decisiones fue eliminada mediante la sentencia de la *Cour d’appel* de París de 26 junio 1981 (*ICSID Rep.*, vol. 1, pp. 369–372), en la que se establece la necesidad de observar una clara distinción entre la etapa de reconocimiento y la fase de medidas de ejecución forzosa, siendo la declaración de ejecutividad una etapa en la que no caben –según art.54 CW– consideraciones sobre la inmunidad de los Estados extranjeros, por ser previa a la ejecución propiamente dicha del laudo. En el caso de *SOABI/Senegal*, el *Tribunal de Grande Instance* de París declaró ejecutable el laudo (decisión de 14 noviembre 1988), sin embargo, posteriormente la *Cour d’appel* de París en

Por ello, en cualquier escenario donde se plantee la problemática de la ejecución de laudos resulta inevitable detenerse en ciertas precisiones terminológicas que pasan por la distinción entre los términos “reconocimiento”, “declaración de ejecutividad” y “ejecución”. En todo caso, la exhaustividad en estas distinciones no irá más allá de lo estrictamente necesario y útil para abordar sin confusiones el alcance de cada fase del procedimiento, sin entrar en disquisiciones dogmáticas que a efectos prácticos resulten estériles.

Como suele destacarse habitualmente¹¹, los laudos arbitrales requieren de la homologación por la autoridad competente de un Estado previo a su ejecución forzosa. Este trámite preliminar, se denomina genéricamente “reconocimiento”, y constituye el proceso formal y necesario para dejar valer una decisión extranjera en el territorio de un determinado Estado. Se asegura de esta forma la eficacia y continuidad en el espacio de los derechos adjudicados, acorde al ideal de armonía internacional de soluciones. Esta necesaria homologación es aplicable a un amplio abanico de decisiones extranjeras, entre las que pueden encontrarse, además de los laudos arbitrales¹², las sentencias

una decisión desacertada de 5 diciembre 1989 (*cf.* comentario de E. Gaillard “The Enforcement of ICSID Awards in France: The Decision of the Paris Court of Appeal in the SOABI Case”, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 5, n.º 1, 1990, pp. 69–72) anuló la decisión de instancia, sosteniendo que declarar el laudo ejecutable sería contrario al principio de inmunidad y al orden público internacional, se incurría así en los mismos errores que en *Benvenuti y Bonfant / República Popular del Congo*, abordando en fase de reconocimiento aspectos propios de la ejecución. La decisión de la *Cour d'appel* fue recurrida con éxito ante la *Cour de Cassation*, que en sentencia del 11 junio 1991 (nota de N.G. Ziadé, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 6, n.º 1, 1991, pp. 119 ss), sostuvo, en esencia, que el executur no constituye un acto de ejecución respecto al cual pudiera alegarse la inmunidad de ejecución.

¹¹ M. Michinel Álvarez, “La dimensión internacional de la ejecución del laudo”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. XI, n.º 1, 2011, pp. 6–15.

¹² Aunque existe un amplio debate doctrinal, el carácter “extranjero” del laudo será entendido de forma excluyente, considerándose como tal, todo aquel laudo que no ha sido dictado en el territorio del Estado donde se busca su reconocimiento y ejecución. Hoy en día parece más adecuado hablar de “laudo internacional”, como hace la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985 (arts. 35 y 36, y nota Explicativa de la Secretaría CNUDMI sobre la LM) y no de “laudo extranjero”, definición fundamentada en el criterio territorial, relativo y menos abarcador que el material empleado en la Ley Modelo, por el que se establece la distinción arbitraje nacional–internacional. Para un estudio más detallado sobre los criterios de clasificación de los laudos y sus implicaciones, *vid.* J.C. Fernández Rozas, “El arbitraje internacional y sus dualidades”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, t. XV, 2006, pp. 1–24; *id.*, *Abogacía internacional*, vol. I, *Arbitraje*, Madrid, Rasche, 2014, pp. 25 ss. Además, J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo han sostenido que el término “decisión extranjera” difícilmente es compatible los laudos arbitrales en materia de inversión, los cuales, por su propia naturaleza, presentan un carácter transnacional; J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 183–185. Otros autores como A. Mourre señalan la existencia de

judiciales, los actos de jurisdicción voluntaria o las medidas cautelares. Los efectos del reconocimiento son múltiples y, siempre que sean compatibles con el sistema del Estado requerido y la naturaleza de la decisión, pueden ir desde el ejecutivo (asociado a las decisiones condenatorias), hasta el de cosa juzgada, pasando también por el efecto registral y el efecto constitutivo. A los laudos, se asocian en lo fundamental los efectos de cosa juzgada y el ejecutivo.

El reconocimiento de los laudos arbitrales dictados en materia de protección de inversiones extranjeras puede ser automático o bien mediante un proceso de execuátur, dependiendo del régimen aplicable, que es fundamentalmente de índole convencional. En el supuesto de reconocimiento automático, el órgano jurisdiccional competente del Estado requerido se limita a verificar la autenticidad de la decisión arbitral, como sucede respecto de los laudos que han sido dictados en el marco del CIADI, bajo las reglas de la CW de 1965. Pero el reconocimiento también puede otorgarse a través de un proceso de homologación o execuátur, mediante el cual las autoridades del foro ejercerán un control previo del laudo, asegurándose que este cumple los requerimientos establecidos en los diversos textos convencionales, señaladamente el CNY de 1958. En este sentido, los tribunales nacionales serán especialmente sensibles en asegurarse de que el dejar valer el laudo en su territorio no infringe su orden público por ser contrario a la esencia de su sistema jurídico. A este procedimiento de execuátur es al que han de someterse en la actualidad todos aquellos laudos dictados en arbitrajes de inversión fuera del CIADI, para que sean plenamente eficaces en un Estado distinto del que ha servido de sede al arbitraje. Hay que resaltar, como han hecho importantes autores¹³, que las características específicas del execuátur son determinadas por los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado y se considera como un proceso fiscalizador que trata de proteger, sobre todas las cosas, la soberanía del Estado requerido.

Una vez obtenido el reconocimiento, entra en juego el proceso de ejecución. Sin embargo, previo a este paso lo que el acreedor del laudo tiene entre sus manos es únicamente un “título ejecutivo”, como han expresado varios autores en referencia a los laudos CIADI, para hacer

laudos “no nacionales” y califican como tales aquellos que emanan de arbitrajes regidos por el Derecho internacional público, como es el caso de los proferidos bajo la CW de 1965; cf. A. Mourre, “Ejecución forzada de laudos internacionales”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 5, 2007, pp. 161 y 162. No obstante, estos laudos también han de ser considerados internacionales, y su reconocimiento y ejecución vendrá determinado, como veremos, por el régimen autónomo de la CW de 1965.

¹³ A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias...*, op. cit., pp. 20–22.

notar que con el reconocimiento, el laudo estaría listo para ser ejecutado¹⁴. En este contexto, cobra relevancia otra precisión terminológica que constituye práctica habitual en multiplicidad de jurisdicciones: la “declaración de ejecutividad”¹⁵, referida propiamente al efecto ejecutivo del reconocimiento. Por tanto, si bien la doctrina¹⁶ se ha referido a “reconocer” como un término genérico que hace alusión a todo el abanico de efectos que puede provocar un laudo extranjero en el Estado requerido, “declarar ejecutivo” un laudo constituye el término *específico* para hacer referencia únicamente a este efecto procesal del laudo extranjero. Así, la declaración de ejecutividad se erige como un presupuesto de la ejecución, a través de la cual, la decisión extranjera se convierte en un título ejecutivo frente a las autoridades nacionales¹⁷.

La “ejecución” propiamente dicha consiste en adoptar las medidas coercitivas¹⁸ sobre bienes concretos del deudor necesarias para dar cumplimiento al laudo. Este proceso es probablemente la labor de apoyo al arbitraje más importante de todas las que brindan los tribunales internos. La ejecución estará regida por el Derecho nacional, incluidas las normas sobre la inmunidad de los Estados extranjeros, aunque tanto la CW como la CNY establecen que los medios y cauces de materialización coactiva del laudo, serán como mínimo iguales que los mismos que los previstos en el ordenamiento interno para la ejecución forzosa de decisiones nacionales.

2. Marco jurídico y la ejecución en terceros Estados

A) Planteamiento

El reconocimiento y ejecución de los laudos se realiza generalmente a través de mecanismos convencionales y va a depender en gran me-

¹⁴ G.R. Delaume, “ICSID Arbitration Proceedings: tactical Aspects”, *Pace L. Rev.*, vol. 5, n°3, 1985, p. 588.

¹⁵ La declaración de ejecutividad es presupuesto indispensable en varios ordenamientos europeos para el acceso de todas las decisiones condenatorias (no sólo las extranjeras) a la fase de ejecución; así sucede en Francia –*formule exécutoire*–, Alemania –*Vollstreckungsklausel*– o Italia –*formula essecutoria*–.

¹⁶ Vid. M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2007, pp. 555 ss; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, 2011, pp. 183–211.

¹⁷ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 556.

¹⁸ Aunque también es correcto hablar de “medidas coactivas”, en este artículo se ha preferido la referencia a “medidas coercitivas”, en concordancia con la terminología empleada en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2004.

dida del tipo de arbitraje del que deriven. Los problemas serán distintos si el laudo proviene de arbitraje comercial internacional o de un arbitraje de inversiones, donde una de las partes es un Estado. No obstante, la principal distinción puede establecerse entre la ejecución de los laudos que han sido dictados en el seno del CIADI bajo la CW de 1965, y el resto, bien sean comerciales o en materia de inversión. En estos últimos supuestos, el instrumento principal para el reconocimiento y ejecución será el CNY 1958, o con un carácter más regional, textos como la Convención de Panamá de 1975 o la Convención de Montevideo en 1979¹⁹, bajo los cuales, si se dan determinadas condiciones, el inversor que haya obtenido un laudo favorable podría instar su ejecución en múltiples Estados parte, distintos de aquél que resultó condenado en el arbitraje.

B) Convención de Washington de 1965

El reconocimiento y ejecución de los laudos dictados bajo la CW de 1965 goza de un régimen excepcional, debido al carácter autónomo del arbitraje ante el CIADI²⁰. Aunque la competencia para ejecutar los laudos en este sistema continúa recayendo en los tribunales y autoridades nacionales —únicos poseedores de *imperium*—, los laudos CIADI son de aplicación directa en el territorio de los Estados parte, sin necesidad de *execuátur*. El juez local habrá de limitarse únicamente a verificar la autenticidad de la decisión arbitral, como se puso de manifiesto en la ejecución del laudo *Benvenuti & Bonfant / República Popular del Congo*²¹, o la más reciente de *Víctor Pey Casado / República de Chile*, acaecida ante los tribunales españoles²².

¹⁹ Además de estos sistemas, el reconocimiento y ejecución de laudos también puede regirse, aunque en menor medida, por convenios de carácter bilateral, como es el caso de los suscritos por España con Brasil, Bulgaria, antigua Checoslovaquia, China, Francia, Italia, Marruecos, México y Uruguay. Otros Convenios multilaterales que versan sobre materias específicas, también pueden contener disposiciones concretas sobre la eficacia extraterritorial de los laudos, como es el caso del Convenio internacional relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF), hecho en Berna el 9 mayo 1980.

²⁰ El Centro también puede administrar arbitrajes en materia de inversión bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Ello tiene lugar cuando una de las partes no sea un Estado contratante de la CW o no se trate de un nacional de un Estado contratante. En tales supuestos, el laudo emitido no se ejecutará acorde a la CW, sino a través de otros mecanismos como la CNY.

²¹ Sentencia *Cour d'appel* de París de 26 junio 1981 (*ICSID Rep.*, vol. 1, pp. 369–372).

²² *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende / República de Chile*. Caso CIADI No. ARB/98/2. Auto del Juzgado de Primera Instancia nº101 de Madrid, de 6 marzo 2013, por el que se considera el laudo CIADI como un título ejecutivo, sin necesidad de

El art. 53 CW establece que el laudo será obligatorio para las partes desde el momento en que se dictó, salvo que se haya suspendido en el marco de un proceso de anulación iniciado en el propio Centro, excluyéndose cualquier revisión o control por parte de los tribunales nacionales²³. Sobre la base de lo anterior, y para dotar de eficacia a las decisiones arbitrales, el art. 54.1º CW obliga a todo Estado contratante a reconocer el carácter obligatorio del laudo y a asegurar la ejecución del mismo, como si se tratase de una decisión firme de un tribunal interno. Tal precepto habilita a la parte acreedora del laudo para buscar su reconocimiento y ejecución en cualquier Estado parte de la CW.

Si la parte vencedora del arbitraje fuese el inversor, lo más razonable es que evite ejecutar el laudo ante los tribunales del Estado condenado. Generalmente, acudirá a un foro donde además de existir bienes suficientes del deudor para satisfacer la condena pecuniaria, las normas sobre inmunidad soberana no obstaculicen procesalmente la ejecución del laudo. En todo caso, el inversor habrá de ser cuidadoso a la hora de señalar aquellos bienes que sean más adecuados para la posible realización forzosa, debiendo evitar las cuentas bancarias de las Embajadas, activos de Bancos Centrales, o en general, aquellos bienes destinados a actividades públicas estatales, pues como se verá, la jurisprudencia de los tribunales nacionales suele apreciar que tales bienes son inmunes a la ejecución.

Estas previsiones cobran sentido toda vez que, a pesar del régimen privilegiado de los laudos CIADI y su declaración de ejecutividad inmediata en los tribunales locales (art. 54.1º y 2º CW), la Convención deja expresamente a salvo las normas que sobre inmunidad de ejecución existan en el Estado del foro. Por tanto, el laudo quedará sujeto a las mismas restricciones que esta inmunidad pudiese imponer en el foro a la ejecución forzosa de sentencias nacionales firmes (art. 55 CW).

Sobre esta base, la CW no obliga a los Estados contratantes a ejecutar un laudo CIADI cuando una sentencia equivalente, dictada por sus propios tribunales, tampoco podría ejecutarse debido a sus normas internas en materia de inmunidad. Si acontece este impedimento, el Estado del foro no habría violado el art. 54 CW, ni incurrido en res-

execuatur previo; disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1338.pdf>.

²³ Más allá de la copia del laudo certificada por el Secretario General del Centro, prevista en el art. 54.2º CW, no cabe la exigencia por los tribunales locales de requisitos adicionales para declarar ejecutable el laudo, ni siquiera el examen o revisión de si su contenido es contrario al orden público del foro.

ponsabilidad internacional²⁴. Contrario a lo que algunos pretenden, el Derecho internacional consuetudinario, los textos convencionales, las distintas legislaciones nacionales y la jurisprudencia reiterada de los tribunales nacionales, dejan claro que la inmunidad soberana de los Estados no puede ser ignorada deliberadamente, así quedó reflejado en la ejecución de los laudos CIADI *LETSCO / Liberia*, ante los tribunales norteamericanos y *AIG / Kazajistán*, ante la jurisdicción inglesa²⁵ (*vid. infra*, epígrafe IV. 4).

Debido a las posibilidades de éxito que en la práctica tiene la alegación de la inmunidad de ejecución²⁶, suele plantearse como remedio la posibilidad de renuncia por el Estado a esta importante prerrogativa²⁷. Sin embargo, el poder de negociación del inversor tendría que ser muy fuerte para conseguir que el Estado receptor renuncie a esta importante prerrogativa del DIP, y en todo caso, la validez y alcance de la renuncia será valorada a la luz del ordenamiento del Estado donde se solicita la ejecución del laudo. El Estado del foro puede establecer límites a la renuncia y presumir que determinados tipos de bienes continúan siendo inmunes, como sucedió en los intentos de ejecución del laudo emitido en *Noga / Rusia* ante los tribunales franceses.

Sin embargo, aunque el Estado condenado tenga éxito procesalmente alegando su inmunidad de ejecución, lo cierto es que no podrá variar el *status* de cosas establecido por el laudo cuya decisión le obliga (art. 53 CW): seguirá siendo deudor y además podrá incurrir en responsabilidad internacional, y en este plano, el Estado deudor no goza de ningún tipo de inmunidad. En este sentido, el Comité *ad hoc* del asunto *MINE / República de Guinea*²⁸, rechazó que la inmunidad

²⁴ En este sentido C. Schreuer, *The ICSID Convention...op. cit.*, p. 1154; L. Reed, J. Paulsson y N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2011, p. 185; A. Giardina, "L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 71, 1982, p.293; J. M Hunter y J. García Olmedo, "Enforcement / Execution of ICSID Awards against Reluctant States", *The Journal of World Investment and Trade*, vol.12, n°3, 2011, p. 311.

²⁵ En sentido contrario, H. Raeschke-Kessler, en comentario a la decisión del Tribunal Supremo alemán en el asunto *Sedelmayer / Rusia*, disponible en *Stockholm Int. Arb. Rev.*, vol. 1, 2006, pp. 96–99 (*vid. infra*, nota al 52).

²⁶ G. Bernini y J. Van den Berg, "The enforcement of Arbitral Awards Against a State: The problem of Immunity from Execution", *Contemporary Problems in International Arbitration*, ed. J. Lew, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, pp. 359 ss.

²⁷ El CIADI incluso facilita una cláusula modelo de renuncia a la inmunidad para que los Estados la incluyan en los APPRIs.

²⁸ *Maritime International Nominees Establishment / Republic of Guinea*, caso CIADI n° ARB/84/4. *Interin Order* n°1, de 12 agosto 1988, sobre la solicitud de Guinea de sus-

de ejecución alegada por el Estado deudor pudiese servirle como justificación para incumplir el laudo:

“...ha de ser comprendido que la inmunidad estatal puede proporcionar una defensa jurídica adecuada frente a la ejecución forzosa, pero no da ningún argumento ni excusa para dejar de cumplir el laudo. De hecho, la cuestión de la inmunidad estatal de ejecución forzosa de un laudo típicamente surgirá si el Estado parte decide rechazar el cumplimiento de sus obligaciones convencionales. El incumplimiento por un Estado constituye una violación por ese Estado de sus obligaciones internacionales y llevará consigo sus propias sanciones. El comité se refiere con ello, entre otras cosas, al art. 27 y al art. 64 de la Convención, y a las consecuencias que tal violación tendría para la reputación de ese Estado en relación con las fuentes, tanto públicas como privadas de financiación internacional”.

En efecto, cuando no ha sido posible que el Estado abone la condena pecuniaria del laudo, ni siquiera después de un proceso de ejecución forzosa, la CW prevé la activación de los mecanismos establecidos en sus arts. 27 –relativo a la protección diplomática– y 64 –con remisión a la Corte Internacional de Justicia–, a través de los cuales la controversia pasará a un plano interestatal, donde los Estados son internacionalmente responsables. Sin embargo, este plano también puede ser uno de los mayores inconvenientes de la protección diplomática, pues implica que el inversor pierde el control sobre su reclamación, debiendo aceptar los acuerdos indemnizatorios que en su caso llegue a cerrar el Estado de su nacionalidad con el Estado condenado en el arbitraje, que en la mayoría de los casos no se corresponden con la realidad de los daños sufridos²⁹. Aunque hasta ahora no hay antecedentes, el Estado de nacionalidad del inversor también

pende la ejecución del laudo arbitral, disponible en *ICSID Reports*, vol. 4, 1997, pp. 115–116.

²⁹ Un ejemplo claro puede verse en las compensaciones globales o *lump sum* que mediante la protección diplomática el Estado cubano abonó a España, Canadá, Francia, Reino Unido y Suiza, debido a las expropiaciones efectuadas con el triunfo de la revolución de 1959. En el caso de España, el acuerdo con Cuba se cerró en marzo de 1988 y previó una compensación total de 5.416 millones de pesetas (aproximadamente 32,5 millones de euros) como liquidación y finiquito por todos los bienes, derechos, acciones e intereses de las personas naturales y jurídicas de nacionalidad española afectadas. La mayor parte de esta compensación —3.600 millones de pesetas— fue abonada *en especie* y resto de la cuantía abonada en plazos semestrales; *vid. BOE*, 18–III–1988. En cuanto a la amplia discrecionalidad estatal respecto al ejercicio de la protección diplomática *vid. M. Paz Andrés Sáenz de Santamaría*, “Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno”, *Anuario de Derecho internacional (Universidad de Navarra)*, t. III, 1976, pp. 321–346, donde la autora sostiene, a propósito de la STS 3^a 16 noviembre 1974, que la discrecionalidad estatal se manifiesta en dos estadios decisivos del proceso: (i) el Estado es libre conceder o negar la protección, sin necesidad de consulta ni autorización del perjudicado, y (ii) el Estado es libre para conceder a los particulares el beneficio de las indemnizaciones percibidas.

podría ejercer la protección diplomática través de la reclamación internacional prevista en el art. 64 CW, en virtud de la cual los Estados contratantes pueden someter a la Corte Internacional de Justicia una controversia relativa a la interpretación y aplicación de la CW, donde tendría cabida valorar el alcance del incumplimiento del Estado deudor en referencia al art. 53 CW.

Frecuentemente también se habla de la capacidad que tiene el CIADI para ejercer medidas de presión económica sobre el Estado renuente al pago. Y es que, la pertenencia del Centro al Grupo del Banco Mundial podría colocar al Estado incumplidor en una posición de difícil acceso a préstamos y créditos concedidos por organismos internacionales. Otros autores hacen énfasis además, en la presión que pueden ejercer los Estados a título individual sobre los gobiernos que se niegan a cumplir con el laudo³⁰, defendiendo el empleo de medidas de retorsión que van desde el embargo económico, hasta el boicot y la suspensión de ayudas al desarrollo. Sin embargo, la adopción de estas medidas coercitivas de carácter unilateral además de ir contra los principios de soberanía e independencia de los Estados, en la práctica han demostrado su ineficacia para el logro de acuerdos de compensación, afectando principalmente a la población civil del Estado receptor de IED y no a sus círculos de poder³¹.

Los casos más relevantes de incumplimiento de laudos CIADI por Estados soberanos han sido protagonizados por la antigua República Popular del Congo, Senegal, Liberia, Kazajistán, o más recientemente, Argentina. Este último país si bien no expresó de manera frontal su voluntad de incumplir los laudos condenatorios, sí obstaculizó la eficacia de los mismos instando procesos dilatorios y asumiendo una aplicación forzada de los arts. 53 y 54 CW, según la cual el Estado no estaba obligado al cumplimiento de los laudos CIADI hasta que el inversor instara la ejecución ante sus tribunales internos³². No obs-

³⁰ A. Bjorklund, "State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards", *The University of Texas School of Law*, 2010, p. 5.

³¹ En la actualidad, el máximo exponente de estas medidas de retorsión lo encontramos en el embargo económico de EE UU hacia Cuba que se ha extendido por más de 50 años sin lograr los cambios esperados con su imposición. En el anuncio de la reanudación de las relaciones diplomáticas entre ambos países, efectuado el 17 diciembre 2014, el Presidente Obama sostuvo... "no podemos seguir haciendo lo mismo y esperar obtener un resultado diferente...", aludiendo a la ineficacia de las sanciones económicas adoptadas contra la isla caribeña.

³² Para un mayor análisis de la posición Argentina *vid.* C. Sommer, "El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: Ejecución directa o aplicación del *execuatur*?", *Rev. electrónica cordobesa de Derecho internacional público*, vol. I, n° 1, 2011; J.L.

tante, la posición de Argentina ha dado un giro significativo, el Estado suscribió un acuerdo transaccional con los acreedores de cuatro laudos CIADI y uno de arbitraje *ad hoc*, por el cual los acreedores aceptaron una quita del 25% de la condena pecuniaria y que el resto fuese abonado con títulos de deuda pública argentina³³. Este acuerdo demuestra no solo la capacidad de negociación que otorga a los Estados la inmunidad soberana, sino también que de una forma u otra forma estos terminan pagando³⁴. Y en esto último han influido más que las posibles medidas unilaterales de retorsión económica, la posibilidad de que los inversores instasen la ejecución forzosa del laudo en otras jurisdicciones y el riesgo a la pérdida de credibilidad del Estado.

C) Convención de Nueva York de 1958

Aunque cada vez son más numerosos los laudos dictados en materia de inversión que se ejecutan bajo la CNY, este mecanismo no elimina –a diferencia del sistema de la CW– la necesidad de que el inversor tenga que instar un proceso de ejecución ante los tribunales nacionales. Tampoco suprimen tal necesidad la Convención de Panamá de 1975 o la Convención de Montevideo de 1979, ambas auspiciadas por la Organización de Estados Americanos (OEA). Sin embargo, en todo caso el reconocimiento y la ejecución de los laudos “no CIADI”³⁵ se ve favorecido por estos instrumentos convencionales, que

Casineiro, “La Argentina frente a los laudos CIADI”, disponible en *Microjuris*, MJ-DOC-4169-AR, 2008.

³³ Laudos dictados en los asuntos *CMS Gas Transmission Company / República Argentina* (caso CIADI n° ARB/01/8), de 12 mayo 2005; *Continental Casualty Company / República Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/9), de 5 septiembre 2008; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal S.A. / República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/97/3), de 20 agosto 2007; y *Azurix Corp. / República Argentina* (caso CIADI n° ARB/01/12), de 14 julio 2006; así como el laudo emanado del arbitraje *ad hoc National Grid P.L.C. / República Argentina*, de 3 noviembre 2008, celebrado de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI. Vid. Resolución n° 598/2013, de 8 de octubre, del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la República Argentina, por la que se aprueba el modelo de convenio llamado “Acuerdo Transaccional” (BORA, 18 octubre 2013).

³⁴ El Estado congoleño también pagó la cuantía económica a la que fue condenado en el caso *Benvenuti y Bonfant / República Popular del Congo*. Sin embargo, el procedimiento de ejecución no estuvo exento de dificultades, pues una vez obtenida la declaración de ejecutividad –que precisó de varios recursos– la *Cour de Cassation* en decisión de 21 julio 1987, rechazó adoptar medidas coercitivas contra los bienes designados por el demandante que eran titularidad del Banco Comercial del Congo. La *Cour de Cassation* estimó que los bienes de la entidad bancaria no podían considerarse bienes del Estado congolés, al no ser suficiente el control que el Estado ejercía sobre el Banco.

³⁵ Aquellos laudos emitidos por instituciones distintas al CIADI o en procedimientos arbitrales *ad hoc*.

definen los motivos de denegación del executur y modulan el alcance de los mismos³⁶. En el ámbito jurisdiccional no ocurre nada semejante respecto a la ejecución de sentencias judiciales, pues salvo el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia creado en el marco de la Unión Europea, los intentos de lograr una Convención mundial de executur en el seno de la Conferencia de la Haya a principios de la década de los '90 nunca llegaron a fructificar, debido a la falta de consenso en la extensión del régimen del Convenio de Bruselas de 1968 a otros Estados.

El CNY es el texto arbitral que posee un mayor ámbito de aplicación territorial. Ello viene dado no sólo por los 154 Estados parte (a febrero de 2015), sino por el contenido del art. I.3º, según el cual "...todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente". Por tanto, en caso de que el país no realice tal declaración, estaría aceptando la aplicación del CNY con carácter universal o *erga omnes*. En este sentido, los tribunales internos aplicarán el CNY a los laudos arbitrales que provengan de "todos" los Estados, sin importar que estos últimos no sean parte de la Convención³⁷.

La Convención obliga a los Estados parte a reconocer y ejecutar los laudos extranjeros de la misma forma que las sentencias o los laudos nacionales (art. III CNY). Ello se hace partiendo del principio de ausencia de revisión del laudo en cuanto al fondo y bajo una presunción de validez y eficacia³⁸. No obstante, la CNY condiciona el executur a

³⁶El CNY establece normas comunes para el reconocimiento y ejecución tanto de "laudos extranjeros", como de los considerados "no nacionales". Entendidos estos últimos como aquellos que, aún dictados en el Estado donde se prevé su ejecución, son considerados extranjeros por la ley de tal Estado, lo cual sucede por ejemplo, cuando se aplican las normas procesales de otro Estado según acuerdo de las partes; *vid.* J.C. Fernández Rozas, *Abogacía internacional...*, *op. cit.*, pp. 28 y 29. Los laudos homologables en virtud del CNY, han de ser definitivos y vinculantes para las partes, como establece la doctrina mayoritaria, *vid.* por todos, R. Wolff (ed.), *New York Convention. Comentary*, Múnich, C.H.Beck-Hart-Nomos, pp. 2012, pp. 43-53.

³⁷ Es el caso de países como Alemania, Brasil, Italia, Australia, Canadá, Suiza o España, sin embargo, también son numerosos los Estados que sólo reconocerán y ejecutarán el laudo cuando este provenga de otro Estado contratante, supuesto en el que se encuentran EE UU, Reino Unido, Francia, Cuba, Venezuela o Argentina. Otra declaración que pueden hacer los Estados contratantes es la denominada "reserva comercial", en virtud de la cual solo aplicarían el CNY a las controversias "consideradas comerciales por su Derecho interno".

³⁸ En este sentido se ha pronunciado M. Gómez Jene, "Executur del laudo suspendido en el Estado de origen", *Arbitraje*, vol. III, nº1, 2010, pp. 86 ss. El autor sostiene acertadamente que esta presunción se concreta en (i) el limitado número de motivos de denega-

que la decisión arbitral no incurra en ninguno de los motivos tasados de denegación (art. V). La doctrina suele explicar estos motivos en dos grupos: aquellos que han de ser invocados y probados por el demandado en ejecución (art. V.1º), entre los que se incluyen el carácter no obligatorio del laudo, la invalidez del convenio arbitral, que el Tribunal no haya respetado lo establecido en el convenio arbitral, las reglas del procedimiento, o que se hayan violado los derechos de defensa de las partes; y aquellos otros motivos que pueden ser apreciados de oficio por el tribunal del foro (art. V.2º), dentro de los que se encuentran la inarbitrabilidad de la controversia y la contrariedad del laudo con el orden público.

El CNY también deja a salvo la vigencia en el foro de las normas sobre la inmunidad de los Estados extranjeros. El art. III es claro en establecer que el Derecho aplicable al procedimiento de reconocimiento y ejecución será el Derecho del Estado requerido, incluidas las normas sobre inmunidad del Estado. Por tanto, a pesar de que el principio de base de la convención neoyorquina es claramente favorable a la ejecución de los laudos³⁹, su contenido tampoco habilita a los tribunales de los Estados parte para que adopten medidas coercitivas de forma indiscriminada contra bienes de un Estado soberano. Con lo cual, la alegación por el Estado deudor de su inmunidad de ejecución puede frustrar procesalmente los esfuerzos del inversor de ejecutar el laudo que le ha sido favorable.

D) Ejecución del laudo *Sedelmayer / Rusia*

La saga *Sedelmayer / Rusia*⁴⁰ posiblemente sea el ejemplo que mejor ilustra las dificultades que en la práctica puede atravesar un inversor para ejecutar un laudo contra un Estado que rechaza su cumpli-

ción del executur, (ii) la inversión de la carga de la prueba sobre el demandado en el procedimiento del executur (iii) en la concesión de un amplio margen de discrecionalidad al juez que conoce del reconocimiento y la ejecución, y en (iv) permitir expresamente el executur del laudo recurrido. Sin embargo, este último punto –traído a colación en virtud del art. VI CNY – si bien puede favorecer la ejecución efectiva del laudo, lo cierto es que dependerá de la ley del foro concreto y puede generar la existencia de decisiones contradictorias si en el Estado de origen finalmente se anula el laudo.

³⁹ La conocida como regla de “máxima eficacia” (art. VII. 1º CNY) tampoco desvirtúa la posibilidad de que el Estado extranjero alegue su inmunidad de ejecución.

⁴⁰ *Franz Sedelmayer / Federación de Rusia*, laudo de 7 julio 1998, disponible en *Stockholm Int'l Arb. Rev.*, vol. 2, 2005, pp. 37–75, con opiniones de S. Kröll y J. Griebel, “Protecting Shareholders in Investment Law: To Pierce or Not to Pierce the Veil, That Is the Question!”, *loc. cit.*, pp. 93–114; *vid.*, también Y. Kryvoi, “Chasing the Russian Federation”, de 13 julio 2011, disponible en <http://www.cisarbitration.com/2011/07/13/chasing-the-russian-federation/>.

miento. Por ello, a continuación se analizarán algunos de los procesos instados por el inversor, muchos de los cuales han generado una rica jurisprudencia en materia de inmunidad soberana.

Sedelmayer, ciudadano alemán, instó un arbitraje *ad hoc* contra Rusia ante la supuesta expropiación de sus bienes en este país, en virtud del APPRI suscrito entre el Estado ruso y Alemania⁴¹. La sede del arbitraje fue Estocolmo y el propio APPRI (art. 10) establecía que el laudo resultante sería ejecutado acorde al CNY. En 1998 Sedelmayer obtuvo un laudo favorable con una condena al Estado de 2.350.000 dólares estadounidenses. Rusia instó sin éxito la anulación del laudo en Suecia y rechazó cumplir voluntariamente la condena⁴².

Mientras se resolvía la anulación del laudo Suecia, Sedelmayer comenzó la búsqueda de activos rusos en el extranjero que fuesen suficientes para cubrir la condena pecuniaria de la que era acreedor. Así instó el reconocimiento y la ejecución del laudo ante los tribunales de varias ciudades alemanas, entre ellas Berlín y Colonia. El *Kammergericht Berlin* (Tribunal Regional Superior de Berlín) declaró ejecutable el laudo, considerando que la firma del APPRI por Rusia constituía una renuncia suficiente del Estado a su inmunidad de jurisdicción, no solo para el arbitraje relacionado con la materia, sino también para las actuaciones posteriores, tendentes a lograr el reconocimiento y declaración de ejecutividad del laudo⁴³. Sin embargo, en la jurisprudencia alemana más reciente existe consenso en no extender esta renuncia a la fase de la ejecución propiamente dicha del laudo, y en este sentido, no se le impidió a Rusia alegar su inmunidad de ejecución ante las medidas coercitivas contra bienes concretos de su titularidad,

⁴¹ Firmado el 13 junio 1989 entre la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y la República Federal Alemana, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 5 agosto 1991. El art. 10 de este acuerdo preveía el arbitraje como mecanismo de solución en caso de que la controversia entre el inversor y el Estado no se resolviese amigablemente.

⁴² La Corte de Distrito de Estocolmo en decisión de 18 diciembre 2002 rechazó la solicitud de anulación del laudo presentada por Rusia (Caso n° T 6-583-98, Sección 6, disponible en *Stockholm Int'l Arb. Rev.*, cit., pp. 115-131). El Estado ruso apeló la decisión de instancia ante la Corte de Apelación de Svea, Estocolmo, la cual resolvió sobre el asunto el 15 junio 2005, confirmando como válida la decisión de la Corte de Distrito de Estocolmo (Caso n° T 525-03, Sección 2, disponible en *ibíd.*, pp. 132-135).

⁴³ *Kammergericht Berlin*, decisión de 16 febrero 2001, dictada en un proceso en el que Rusia no participó. En Alemania, al igual que otros países como España, no existe una normativa específica sobre la inmunidad estatal (presente fundamentalmente en el entorno anglosajón), no obstante, los principios rectores de la doctrina, que acogen la tesis de una inmunidad restringida, están ampliamente desarrollados en la jurisprudencia, sobre todo, del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemán), encabezada por la sentencia del asunto X. / *Filipinas*, de 13 diciembre 1977.

tanto en Colonia como en Berlín. Decisiones en línea con la mayoría de la jurisprudencia emitida por tribunales de otros países⁴⁴.

Obtenida la declaración de ejecutividad del laudo en Berlín, Sedelmayer intentó el embargo de las cantidades del impuesto sobre el valor añadido (IVA) que el Estado alemán tuviese que reembolsar a la Embajada de la Federación de Rusia en Alemania. Aunque en primera instancia el *Amtsgericht Mitte* de Berlín (Tribunal Local) adoptó la medida, posteriormente la rechazó, ante la oposición de Rusia y la posibilidad de que los bienes tuviesen una finalidad soberana, ya que el reembolso se realizaba en la cuenta corriente de la Embajada rusa en Berlín. El *Kammergericht Berlin* confirmó esta negativa del tribunal de instancia, y declaró que la referencia en el APPRI germano-ruso a la CNY de 1958 no era suficiente para entender que el Estado ruso hubiese renunciado a su inmunidad de ejecución. Los bienes que fueron designados para embargo tenían una finalidad soberana y por tanto eran inembargables⁴⁵. En este sentido, el *Kammergericht Berlin* acogió las alegaciones del Embajador ruso de que las cantidades reembolsadas del IVA eran empleadas exclusivamente para el mantenimiento y salvaguarda de la misión diplomática y consular. Tales afirmaciones fueron consideradas suficientes para el alto tribunal berlinés, según el cual no se requería de Rusia un alto estándar en la aportación de pruebas para determinar que los bienes estaban destinados a labores soberanas. Esta presunción a favor del Estado traslada la carga de la prueba al demandante de ejecución, rompiendo el equilibrio y la igualdad que las partes tenían en el arbitraje. Sin embargo, no es una práctica privativa de los tribunales alemanes, los italianos o ingleses también la emplean (*vid. infra*, epígrafe IV.4).

La decisión del *Kammergericht Berlin* fue confirmada por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Alemán)⁴⁶. La postura del Alto Tribunal alemán fue clara: que un Estado suscriba un APPRI no implica una renuncia a poder alegar su inmunidad de ejecución ante los tribunales de otro Estado. El Tribunal Supremo estableció una distin-

⁴⁴En sentido contrario se ha pronunciado la *Cour de cassation* francesa en el conocido caso *Creighton Ltd. / Ministerio de Finanzas y Ministerio de Asuntos Municipales y Agricultura del Estado de Qatar (Creighton / Qatar)*, vinculando la firma de un acuerdo arbitral a la renuncia de la inmunidad de ejecución. Sin embargo, esta no es la posición imperante en la jurisprudencia francesa.

⁴⁵ Decisión del *Kammergericht Berlin* de 3 diciembre 2003, caso nº 25 W 15/03, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1516.pdf>.

⁴⁶ Decisión del *Bundesgerichtshof*, de 4 octubre 2005, caso nº VII ZB 08/05, disponible en *Stockholm Int'l Arb. Rev.*, vol. 1, 2006, pp. 75–84, con observaciones de S. Jarvin y de H. Raeschke-Kessler.

ción entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución, y el convenio arbitral implicaría únicamente una renuncia a la primera, pero la segunda queda a salvo de los procedimientos de ejecución forzosa que se lleven a cabo contra los Estados. Por todo ello, la referencia al CNY como sistema que guiase el reconocimiento y la ejecución del laudo, no resultó concluyente, según el Tribunal, para llevar a cabo medidas coercitivas contra un Estado soberano que ha sido condenado en un arbitraje internacional. Decisión que se alinea con lo establecido por los principales textos internacionales sobre la inmunidad, señaladamente la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, de 2004 (Convención ONU 2004), que si bien no está en vigor, constituye un reflejo del Derecho internacional consuetudinario.

En cuanto a la fase de ejecución forzosa del procedimiento iniciado en Colonia, el inversor alemán intentó el embargo sobre las reclamaciones de pago de Rusia contra Lufthansa, por la utilización del espacio aéreo y los permisos de aterrizaje en territorio del Estado euroasiático. A semejanza de lo sucedido en Berlín, el *Amtsgericht Köln* (Tribunal local de Colonia) dictó orden de embargo en un primer momento pero la revocó con posterioridad, ante la oposición de Rusia y de Lufthansa, sobre la base de la naturaleza inmune de los bienes designados por Sedelmayer. El inversor alemán apeló ante el *Oberlandesgericht Köln* (Tribunal Superior Regional de Colonia), que confirmó la decisión de instancia y sostuvo que las sumas debidas al Estado ruso presentaban una finalidad soberana y por tanto, gozaban de inmunidad de ejecución, prerrogativa a la cual Rusia no había renunciado⁴⁷. Este proceso iniciado en Colonia, también llegaría al Tribunal Supremo alemán, cuyo pronunciamiento del 4 octubre 2005 confirmó la decisión del Tribunal Superior de Colonia. El más Alto Tribunal alemán hizo depender la apreciación de la inmunidad estatal de la naturaleza de los bienes designados para el embargo, en el mismo sentido que el Tribunal Superior Regional de Colonia. Tal naturaleza debía ser determinada acorde a la ley alemana, como *lex fori*. En este sentido, las tasas administrativas cobradas por Rusia a Lufthansa eran utilizadas para la administración del tráfico aéreo, *acta iure imperii* que se encontraba sujeto a la inmunidad de ejecución, además, el alcance de las medidas de ejecución forzosa solicitadas por Sedelmayer iba más allá de las que podrían adoptarse en Alemania, careciendo los órganos jurisdiccionales de este país de competencia judi-

⁴⁷ Decisión del *Oberlandesgericht Köln* de 6 octubre 2003, caso n° 16W35/02, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515.pdf>.

cial internacional para llevarlas a cabo. Finalmente, el Tribunal Supremo alemán concluyó, al igual que en el proceso de ejecución proveniente de Berlín (caso n° VII ZB 08/05), que el acuerdo arbitral presente en el APPRI germano-ruso no constituía una renuncia del Estado a alegar su inmunidad en procesos de ejecución⁴⁸.

Esta negativa reiterada de los tribunales alemanes a adoptar medidas coercitivas contra bienes de Rusia, motivó que Sedelmayer interpusiera una reclamación contra Alemania ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁴⁹. La solicitud se fundó esencialmente en la supuesta vulneración por Alemania del derecho a un proceso justo y equitativo (art. 6.1° CEDH) y en la falta de protección a la propiedad (art. 1 del Protocolo adicional). Sin embargo, las pretensiones del ciudadano alemán serían desestimadas por el TEDH⁵⁰, entre otros motivos, porque la falta de ejecución del laudo en opinión del Tribunal se debió en la práctica a una elección la inadecuada de los bienes designados para embargo, protegidos por la inmunidad de ejecución. Por tanto, los tribunales alemanes no habrían cometido violación alguna del Convenio o su Protocolo, y de haberse designado otros bienes el resultado hubiera sido distinto. Este proceso ante el TEDH no hace más que apoyar la afirmación de que el Estado del foro no incumple sus obligaciones internacionales (en este caso el art. III CNY) si aun llevando a cabo la ejecución del laudo extranjero como si se tratase de una sentencia nacional, el proceso no fuera exitoso por aplicación de las normas de inmunidad soberana⁵¹. De hecho, en el

⁴⁸ Decisión del *Bundesgerichtshof*, también de 4 octubre 2005, caso VII ZB 09/05, disponible en *Stockholm Int...*, *loc. cit.*, pp. 85–95. En dos decisiones dictadas el mismo día, el Tribunal Supremo Federal alemán resolvió sobre la ejecución iniciada en Berlín y la proveniente de Colonia, visión de conjunto que sin dudas influyó positivamente en la uniformidad y coherencia del razonamiento seguido por el Tribunal. Ambas decisiones constituyeron el primer pronunciamiento del más alto tribunal civil Alemán sobre la ejecución de un laudo arbitral dictado en virtud de un APPRI suscrito por Alemania.

⁴⁹ *Sedelmayer / Alemania*, solicitud de 25 octubre 2005

⁵⁰ Sección Quinta del Tribunal, decisión del 10 noviembre 2009. Para el análisis de otras decisiones del TEDH, también relacionadas con la ejecución de laudos arbitrales por tribunales nacionales *vid.* L. Guglya, “International Review of Decisions Concerning Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Threat to the Sovereignty of the States or an Overestimated Hazard (so far)?”, *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, vol. I, 2011, pp. 93–122.

⁵¹ Otros autores sostienen que la ejecución de los laudos dictados en materia de inversiones y con fundamento en un APPRI, deben tener una ejecución diferenciada del resto de laudos dictados en arbitrajes comerciales, nota de H. Raeschke-Kessler, *Stockholm...*, *loc. cit.*, pp. 96–99. Según este razonamiento, el Tribunal Supremo alemán debió “restringir” el alcance de la inmunidad de ejecución de Rusia, para hacer que este país cumpliera con las obligaciones contraídas con Alemania en virtud del APPRI. Sin embargo, la exi-

marco del proceso iniciado en Colonia, Sedelmayer consiguió que se trabase embargo sobre un edificio que albergó una antigua sede comercial de la URSS. El edificio no estaba siendo empleado en ningún asunto oficial y por tanto carecía de inmunidad de ejecución acorde al criterio de la finalidad del bien. A pesar de la oposición de Rusia, el inmueble se vendió en subasta pública y el importe obtenido –si bien no conseguía satisfacer íntegramente la condena del laudo– fue entregado al ejecutante.

Dado que el CNY permite la ejecución del laudo en cualquier Estado parte (art. III), Sedelmayer también había instado un proceso de ejecución en Suecia, país en el que vio finalmente resarcido su derecho. En una decisión sin precedentes, el 1 julio 2011 el Tribunal Supremo sueco rechazó otorgar inmunidad de ejecución a un edificio perteneciente a la delegación comercial de Rusia en Estocolmo⁵². El edificio había dejado de ser la sede principal de esta delegación en 1976. No obstante, en el momento de trabarse el embargo, parte del inmueble era empleado como archivo de la Embajada de Rusia y de su delegación comercial, así como depósito de vehículos diplomáticos. Una parte de los apartamentos estaban habitados, entre otros, por personal diplomático y por estudiantes e investigadores rusos de estancia en Suecia en virtud de un convenio bilateral de cooperación, mientras otra parte era objeto de alquiler, siendo domicilio de ciudadanos y empresas suecas que empleaban la dirección del inmueble como sede de su negocio. Para establecer estos hechos el Tribunal Supremo sueco se basó no solo en la información aportada por Rusia, sino también en el resultado de la investigación realizada por Sedelmayer sobre el uso del inmueble designado para embargo. Finalmente, Tribunal Supremo sueco consideró que la mayor parte del edificio, incluyendo el uso por estudiantes e investigadores de intercambio, no estaba destinado a propósitos oficiales, con lo cual no disfrutaba de

gencia de responsabilidad internacional en el plano Estado–Estado sólo podría efectuarse a través de los mecanismos establecidos en propios los acuerdos internacionales de los que estos formen parte, en los que no se prevé tal actuación de un órgano jurisdiccional nacional, que además, iría contra el Derecho internacional consuetudinario en la materia de inmunidad soberana.

⁵² Caso Ó 170–10, decisión disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0766.pdf>. El Tribunal Supremo sueco se apoyó en la Convención ONU 2004, que si bien no está en vigor, Suecia ratificó el 23 diciembre 2009. Sobre la base de su 19 c) el Tribunal Supremo consideró que la inmunidad de ejecución no puede alegarse con éxito sosteniendo sólo que el bien pertenece al Estado y es usado por el gobierno para fines no comerciales, sino que es preciso sostener que la propiedad del Estado es empleada para fines oficiales.

inmunidad de ejecución ni el inmueble ni las rentas obtenidas por Rusia por el alquiler de los apartamentos.

La decisión del Tribunal Supremo sueco ha sido pionera en declarar la falta de inmunidad de un bien que estaba siendo empleado –aunque fuese parcialmente– en actividades oficiales. Como se verá a continuación, ni de la práctica internacional de los tribunales, ni de la normativa sobre inmunidad diplomática –que el Tribunal no aplica– pueden extraerse estas conclusiones. Los locales de las misiones son designados expresamente como inviolables en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961⁵³, de hecho, el Alto Tribunal así lo admite en referencia a los 15 apartamentos habitados por el personal diplomático y los locales usados como archivos y depósito de vehículos de la misión, lo cual debió ser suficiente para apreciar la inmunidad de ejecución del inmueble. En otros casos en que también han sido designados para embargo bienes con finalidad mixta, como las cuentas bancarias de Embajadas, estas han sido declaradas inmunes, a pesar de ni siquiera estar expresamente recogidas en la Convención de Viena de 1961, aunque existe consenso en que implícitamente sí están cubiertas por su contenido. En el presente caso, el Alto Tribunal sueco aplicando con carácter principal la Convención ONU de 2004, también confirmó el embargo de los importes percibidos por Rusia procedentes del alquiler a terceros, sin importar si tales importes iban a parar a una cuenta de la Embajada Rusa y eran empleados en el mantenimiento de la misión⁵⁴. A pesar de ello, en febrero del 2014 el inmueble embargado fue vendido en subasta pública, con la advertencia por los organizadores de que el Estado ruso podría “obstaculizar” la toma de posesión efectiva a los futuros propietarios. El dinero obtenido se entregó a Sedelmayer para dar cumplimiento finalmente a la condena pecuniaria del laudo.

Las dificultades del inversor en el asunto *Sedelmayer / Rusia*, de las que aquí solo se ha reflejado una parte, demuestran que si bien el sistema de resolución de controversias inversor– Estado a través del arbitraje, ha ayudado a los inversores a superar la barrera de la inmunidad de jurisdicción al otorgarles *ius standi* frente a los Estados, aún

⁵³ El art. 22 de esta Convención establece concretamente que “Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos...no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución”. El art. 21.1º.a) la Convención ONU de 2004, aplicable subsidiariamente, se refiere expresamente a estos locales como bienes especiales sobre los que no se estima una finalidad comercial.

⁵⁴ De hecho, la decisión de 9 mayo 2005 de la “autoridad de ejecución” rechazó el embargo sobre los pagos recibidos por Rusia derivados del alquiler de estos locales y la Corte de Distrito de Nacka confirmó esta decisión el 25 abril 2008.

queda un largo camino para remover los obstáculos procesales que comprometen la eficacia del laudo en las distintas jurisdicciones, señaladamente la inmunidad de ejecución. En todo caso, la actitud renuente al pago de Rusia, también manifestada ante a la mercantil Noga⁵⁵, hace que nos preguntemos cuál será la estrategia a seguir por los antiguos accionistas de la compañía Yukos, que recientemente han obtenido un laudo en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya por el que se condena al Estado ruso al pago de una cantidad cercana a los 50.000 millones de dólares⁵⁶. ¿Podría alegar Rusia su inmunidad de ejecución para frenar las medidas coercitivas contra bienes de su titularidad en el extranjero? ¿Con qué alcance y respecto a cuáles bienes? ¿Dónde tendrían mayores posibilidades de éxito? Es un asunto que habrá que seguir de cerca, pero a continuación se darán las pautas necesarias para responder a estas y otras interrogantes que puedan darse en la ejecución de laudos arbitrales cuando se lleva a cabo contra un Estado soberano.

III. Inmunidad del Estado y laudos sobre protección de inversiones

1. Problemática, definición y fundamento de la inmunidad del Estado

Aunque existe conceso en afirmar que la mayoría los laudos dictados en materia de protección de inversiones se cumplen voluntariamente, en particular, aquellos que son dictados en el marco del CIA-DI⁵⁷, como se ha visto las últimas décadas de práctica arbitral han

⁵⁵ En este asunto Rusia había renunciado incluso a su inmunidad de ejecución, a pesar de lo cual pudo alegarla con éxito frente a los intentos de embargo de la cuenta bancaria de su Embajada en París, *Noga / Embajada de Rusia*, decisión de la *Cour d'appel* de París, 10 agosto 2000.

⁵⁶ Caso PCA n° AA 227, laudo final de 18 julio 2014. El arbitraje fue administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, y el Tribunal Arbitral constituido acorde al Tratado de la Carta de Energía y al Reglamento de la CNUDMI de 1976

⁵⁷ La Secretaria General de CIADI, Meg Kinnear, en entrevista publicada por diario *Expansión* el 30 julio 2013, declaró que “la tasa global de cumplimiento es alta y sólo algunos laudos siguen pendientes”, aunque a su vez, hizo notar que el Centro no recopila estadísticas oficiales sobre la tasa de cumplimiento de los laudos. En el caso de arbitrajes no-CIADI es aún más difícil obtener cifras exactas, ya que las disponibles en instituciones arbitrales –como la Cámara de Comercio Internacional de París–, no diferencian los supuestos de arbitraje comercial internacional de aquellas controversias que enfrentan a inversores con Estados; *vid.* G. Kaufmann-Kohler, “Enforcement of Awards– A Few Introductory Thoughts”, *ICCA Congress Series n° 12*, Coord. A.J. van den Berg, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 287–290; A. Blane, “Sovereign Immunity as a Bar to

arrojado numerosos supuestos de Estados que se niegan –directa o indirectamente– a cumplir los laudos cuyo resultado les ha sido adverso. En estas circunstancias, el inversor que haya visto prevalecer su derecho en el arbitraje, tendrá que instar la ejecución forzosa del laudo ante los tribunales de una o varias jurisdicciones, siendo habitual que el Estado renuente al pago alegue su prerrogativa de inmunidad soberana para intentar oponerse tanto al proceso de reconocimiento en otro foro (inmunidad de jurisdicción), como a la adopción de medidas coercitivas sobre determinados bienes de su titularidad (inmunidad de ejecución). Como se verá, la jurisprudencia mayoritaria se inclina por rechazar la inmunidad de jurisdicción del Estado que se ha sometido a arbitraje, sin embargo, la alegación de la inmunidad de ejecución suele constituir un importante obstáculo procesal a la efectividad de los laudos.

La inmunidad soberana o del Estado se ha desarrollado en el ordenamiento jurídico internacional como una regla general o un principio según el cual los Estados, en determinadas circunstancias, no se encuentran sometidos a los tribunales u órganos administrativos de otro ente estatal. Sobre esta base, el concepto de inmunidad puede expresarse en los términos de una relación jurídica como sostiene O. Casanovas⁵⁸: siendo la inmunidad un derecho que tiene alguien (ya sea persona o Estado) frente a otro (autoridad o Estado) que “no puede” ejercer su poder. Es esta falta de poder o la necesidad de no ejercerlo o suspenderlo en determinados casos, lo que implica precisamente la inmunidad.

No debe confundirse la inmunidad del Estado con las inmunidades diplomáticas (incluida la consular), estas últimas son más antiguas que la del Estado y claramente diferenciadas en atención a los sujetos beneficiarios. En este sentido, las inmunidades y privilegios que ostentan el jefe del Estado, el jefe del Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores, las misiones diplomáticas y órganos de representación del Estado en el exterior, así como las oficinas consulares, bienes y funcionarios de diversa categoría, se rigen por normas específicas –fundamentalmente derecho consuetudinario internacional y Convenciones de Viena de 1961 y 1963–, diferenciadas de las que regulan la inmunidad del Estado propiamente dicha, cuyas normas como la Convención Europea de 1972– sólo serían aplicables subsidiariamente.

the Execution of International Arbitral Awards”, *J. Int’l L. & Politics*, vol. 41, nº 2, 2009, pp. 453–505.

⁵⁸ O. Casanovas y La Rosa, “La inmunidad del Estado”, en M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 324–341.

te. No obstante, es el Estado quién en última instancia termina beneficiándose de gran parte de las inmunidades diplomáticas, por tanto, la distinción entre estas inmunidades diplomáticas y la inmunidad del Estado, queda limitada al ámbito normativo aplicable.

Los fundamentos de la inmunidad del Estado han ido evolucionando a lo largo del tiempo, al ser esta prerrogativa fruto de una práctica internacional desarrollada durante muchos años y en distintos lugares del mundo. De hecho, la inmunidad se predicaba en un primer momento respecto de los soberanos extranjeros y sus representantes diplomáticos y fue posteriormente cuando su reconocimiento se extendió a los Estados propiamente considerados⁵⁹. En la actualidad, puede afirmarse que los fundamentos más sólidos de la inmunidad del Estado se encuentran en los principios de soberanía, independencia e igualdad entre Estados⁶⁰. Al ser todos los Estados formalmente iguales entre sí y soberanos, se considera una injerencia que un ente estatal pueda quedar sujeto sin límites a la jurisdicción de otro. Tal principio de igualdad viene recogido en el art. 2.1º Carta de las Naciones Unidas y se expresa en la máxima *par in parem non habet imperium*. La fundamentación así concebida de la inmunidad estatal, ha sido un factor clave en la evolución de un régimen absoluto de la inmunidad, a uno relativo, que busca evitar los excesos de esta posición privilegiada.

2. Alcance de la inmunidad: “inmunidad absoluta” v. “inmunidad relativa”

La aplicación de un régimen de inmunidad absoluta a la ejecución laudos arbitrales implicaría, en esencia, que ningún bien titularidad del Estado deudor pudiese ser objeto de medidas coercitivas. Sin embargo, la gran mayoría de los Estados de la comunidad internacional ha superado ampliamente la postura de la inmunidad soberana absoluta y aplican una concepción relativa, consecuencia de la participa-

⁵⁹ La transición suele establecerse a partir de la sentencia emitida en 1812 por el Juez Marshall, Presidente del Tribunal Supremo de los EE UU, en el asunto *Schooner Exchange v. McFaddon* [7 Cranch 116 (1812)]. La sentencia puso de relieve fundamentos de la inmunidad de gran pragmatismo, como la reciprocidad y cortesía internacional o *comity*. Doctrina reiterada en los casos *Verlinden B.V. / Central Bank of Nigeria* [461 U.S. 480, 486 (1983)] y *Republic of Austria / Altmann* [(03-13) 541 U.S. 677 (2004)].

⁶⁰ F. Gascón Inchausti, *Inmunidades procesales...*, op. cit., pp. 35-40, señala en la evolución histórica de la inmunidad soberana otros fundamentos de carácter subsidiario y coyuntural, entre los que se encuentran, las antiguas inmunidades diplomáticas, el principio de reciprocidad, las nociones de respeto y cortesía internacionales (*comity*), o finalmente el interés en evitar situaciones tensas en el ámbito de las relaciones exteriores.

ción, cada vez más intensa, de los Estados en la actividad económica privada⁶¹. Sobre esta base, se admite la posibilidad de que el Estado renuncie a tal privilegio. Pero sobre todo se permite la adopción de medidas coercitivas sobre bienes titularidad del Estado cuya finalidad sea el desarrollo de actividades meramente comerciales (*acta iure gestionis*), mientras continúan siendo plenamente inmunes con carácter general aquellos destinados al desempeño de actividades soberanas (*acta iure imperii*). Aunque a simple vista tal discernimiento parezca sencillo, como veremos más adelante la distinción no siempre resulta clara, sino que hay un terreno ambiguo donde es difícil distinguir si el bien estatal se destina a actividades comerciales o a las de soberanía, o en caso de un uso mixto, qué función prevalece. En este sentido, la mayoría de los tribunales otorgan una posición privilegiada a los Estados, quienes con un mínimo de esfuerzo probatorio pueden establecer una presunción sobre el destino soberano de los bienes, trasladando a los particulares la carga de demostrar lo contrario.

3. El sometimiento a arbitraje por un Estado y la distinción entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución

Consecuencia de la evolución hacia la inmunidad restringida, en la práctica internacional se distingue entre: (i) la “inmunidad de jurisdicción”, en virtud de la cual el Estado no puede ser demandado ni sometido a juicio ante los tribunales de otros Estados y (ii) la “inmunidad de ejecución”, según la cual el Estado extranjero y sus bienes no pueden ser objeto de medidas coercitivas por los órganos de otro Estado, aunque sea en aplicación de decisiones judiciales, administrativas o de laudos arbitrales⁶².

⁶¹ Muy atrás han quedado los tiempos en que Montesquieu señalaba en su gran obra *El espíritu de las leyes* que el príncipe no debía comerciar (Libro XX, Cap. 19). El ilustre pensador francés sostenía, en referencia a Inglaterra: “Hay personas que, sorprendidas de la práctica de otros Estados, piensan que convendría dictar leyes en Francia que inclinaran a los nobles al comercio. Con esto, sin embargo, se destruiría la nobleza sin utilidad para el comercio. El uso que se observa en este país es muy acertado: los comerciantes no son nobles, pero pueden llegar a serlo” (Cf. Cap. 22), Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, t. I, pp. 490–493.

⁶² Aunque determinados autores consideran que el término “inmunidad de ejecución” puede llevar a equívoco, el objeto de un trabajo como el presente, que no abarca el ámbito de las medidas cautelares, hace especialmente adecuado el empleo de tal expresión, al margen de que la misma ha sido ampliamente aceptada por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia.

Siguiendo su objeto, este artículo se centrará fundamentalmente en la inmunidad de ejecución del Estado⁶³. Y es que en el arbitraje internacional la problemática respecto a la inmunidad de jurisdicción suele quedar resuelta: a través del convenio arbitral, generalmente inserto en un APPRI, los Estados dan su consentimiento expreso para someter las posibles controversias a arbitraje. Este sometimiento como excepción a la inmunidad de jurisdicción es un tema pacífico en la doctrina y está ampliamente rebasado⁶⁴. La Convención Europea de 1972 y la Convención ONU 2004 coinciden en establecer además, que la renuncia del Estado a la inmunidad de jurisdicción también a los posibles procedimientos ante los tribunales locales para determinar la validez o interpretación del convenio arbitral, la anulación del laudo y los futuros procedimientos tendentes a lograr el reconocimiento y declaración de ejecutividad del laudo. En este sentido el mencionado asunto *Sedelmayer / Rusia*⁶⁵ demostró cómo el sometimiento de un Estado a arbitraje implicó una renuncia efectiva a su inmunidad de jurisdicción, incluido el proceso dirigido a obtener el executur como resultado natural del arbitraje. Sin embargo, la sumisión voluntaria del Estado al arbitraje no constituye una renuncia a alegar su inmunidad de ejecución para impedir que se adopten medidas coercitivas contra sus bienes en el extranjero.

⁶³ Si bien la inmunidad de ejecución del Estado abarca tanto las medidas coercitivas anteriores al fallo como las posteriores, el análisis aquí realizado abarca sólo a estas últimas.

⁶⁴ Vid., C. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1988, pp. 63–68; id. *The ICSID Convention...*, op. cit., p. 1153; Lew, Mistelis y Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, n° 27–42, 2003. Sobre la poca relevancia de la inmunidad de jurisdicción en el arbitraje internacional también se ha pronunciado H. Díaz-Candía, en “Eficacia de la responsabilidad del Estado: inmunidad doméstica y extranjera en la ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales”, *Arbitraje*, vol. V, n° 3, 2012, pp. 725–756. Sin embargo, C. de los Santos Lago, “La ejecución y el reconocimiento de los laudos dictados en arbitrajes comerciales y en arbitrajes de inversiones”, *Arbitraje*, vol. V, n° 2, 2012, pp. 437–442, ha señalado que en el caso de executur de laudos no CIADI, puede ser dudoso que el alcance de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción se extienda a otras jurisdicciones distintas a la sede del procedimiento arbitral, con lo cual, en el caso de en terceras jurisdicciones el Estado condenado podría alegar con éxito su inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, la propia naturaleza del arbitraje y del laudo como su resultado natural, hacen que deba entenderse que el Estado que se sometió a arbitraje no pueda alegar con éxito su inmunidad de jurisdicción para impedir que el inversor inste el consecuente procedimiento de homologación. Otra cosa son los bienes contra los que se pretendan llevar a cabo las medidas coercitivas, que pueden estar cubiertos por otro tipo de inmunidad: la de ejecución. Muy atrás han quedado los tiempos de *Duff Development / Kelantan*, en que los tribunales ingleses, incluida la *House of Lords* desestimaron la solicitud de executur del laudo porque el Estado no se había sometido a las cortes inglesas a efectos de homologación.

⁶⁵ *Kammergericht Berlin*, decisión de 16 febrero 2001.

Parte de la doctrina no comparte la distinción e independencia de conceptos, y defiende que si el Estado ha dado su consentimiento para someterse a arbitraje, ello implica la aceptación de cumplir con un hipotético laudo condenatorio, y por tanto, no podría beneficiarse de sus prerrogativas soberanas alegando la inmunidad para impedir, no solo la declaración de ejecutabilidad del laudo, sino su propia ejecución⁶⁶. Esta postura que vincula ambos tipos de inmunidades sobre la base de argumentos de eficacia –pues no tendría sentido someterse a arbitraje si el laudo resultante no fuese eficaz–, encuentra también respaldo en antiguos pronunciamientos de tribunales suizos⁶⁷ y Alemanes⁶⁸. Otros fallos han hecho referencia a la renuncia implícita a la inmunidad de ejecución, como es el caso de la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa del 6 julio 2000 en el famoso caso *Creighton / Qatar*, donde la firma por el Estado de una cláusula arbitral CCI, fue suficiente para que el alto tribunal francés considerase que Qatar había renunciado también a su inmunidad de ejecución⁶⁹.

Si bien esta postura estrechamente vinculada a la naturaleza jurídica del laudo arbitral parece lógica y razonable, no es el criterio que se ha impuesto en el Derecho internacional público y en el Derecho internacional privado. Ni del contenido de los principales textos normativos que abordan el binomio arbitraje–inmunidad, ni de la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales con más práctica en la ejecución de laudos arbitrales, puede la conclusión

⁶⁶ S. Feldstein de Cárdenas y H. Leonardi de Herbón, *Cómo y cuándo demandar a un Estado Extranjero*, Buenos Aires, Abeledo– Perrot, 1996, pp. 37–44 y 96–98, en referencia a determinada jurisprudencia suiza que no hace distinción entre los tipos de inmunidades; N. Gamboa Morales, *La inmunidad soberana de jurisdicción en el arbitraje comercial internacional. Evolución y actualidad*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 91.

⁶⁷ Asunto *República Árabe de Egipto / CINETEL*, decisión del Tribunal Federal de 20 julio 1979, *ILR*, vol. 65, 1984, pp. 425– 30.

⁶⁸ Asunto *Banco Central de Nigeria*, decisión del *Landgericht Frankfurt* de 2 diciembre 1975, *ILR*, vol. 65, 1984, pp. 131–135.

⁶⁹ *Creighton Limited / Ministry of Finance and Ministry of Municipal Affairs and Agriculture of the State of Qatar*, comentario y sentencia disponibles en N. Meyer–Fabre, “Enforcement Of Arbitral Awards Against Sovereign States, A New Milestone: Signing ICC Arbitration Clause Entails Waiver Of Immunity From Execution Held French Court Of Cassation In *Creighton v. Qatar*, July 6, 2000”, *MEALEY’S International Arbitration Report*, vol. 15, n°9, 2000. Previa a esta decisión de la *Cour de Cassation*, un tribunal francés inferior, la *Cour d’appel* de Rouen ya habían llegado al mismo resultado, el 20 junio 1996, respecto a la ejecución de un laudo emitido en el arbitraje *ad hoc* *Société Bec Frères / Office des Céréales de Tunisie*, *ILR*, vol. 113, 1999, p. 485 ss. Los tribunales suecos también han apreciado la renuncia implícita a la inmunidad de ejecución, concretamente la Corte de Apelación de Svea, con sede en Estocolmo, en decisión del 18 junio 1980 dictada en el asunto *Libyan American Oil Company / Socialist People’s Arab Republic of Libya*, *ILR*, vol. 62, 1982, p. 225 ss.

de que el sometimiento de un Estado soberano a arbitraje conlleva una renuncia implícita a su inmunidad de ejecución.

El art. 17 de la Convención ONU de 2004 sostiene que cuando un Estado suscribe un acuerdo arbitral no podrá hacer valer su *inmunidad de jurisdicción* respecto a labores de control del arbitraje como se ha mencionado, pero este artículo no establece la imposibilidad del Estado de invocar su *inmunidad de ejecución* como resultado del acuerdo arbitral. Además, una vez emitido el laudo o la sentencia judicial, el art. 19 de la misma Convención llega a requerir el consentimiento expreso del Estado para que se adopten medidas coercitivas contra sus bienes, y el art. 20 aclara que tal consentimiento deberá ser diferenciado de aquel que en su momento se prestase para aceptar la jurisdicción⁷⁰. Que una renuncia concreta a la inmunidad de jurisdicción no impide que el Estado pueda invocar su inmunidad de ejecución también se infiere de los textos de las Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 (art. 32.4º), de la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados de 1972 (arts. 12 y 23), y de la CW de 1965 (art. 55), así como del contenido de las legislaciones internas de países del *common law* sobre la inmunidad soberana como EE UU, Reino Unido o Canadá. Por si ello fuera poco, la jurisprudencia actual y mayoritaria también prevé una desvinculación entre ambos tipos de inmunidades y considera que un acuerdo arbitral – ya sea mediante un contrato o mediante un APPRI – no implica una renuncia a la inmunidad de ejecución, siendo lo realmente determinante para la adopción de medidas coercitivas, la finalidad de los bienes objeto de ejecución⁷¹.

⁷⁰ Concretamente el art. 20 de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, titulado *Efecto del consentimiento a la jurisdicción sobre las medidas coercitivas* establece que “Cuando se requiera el consentimiento para la adopción de medidas coercitivas de conformidad con los arts. 18 y 19, el consentimiento para el ejercicio de jurisdicción en virtud del art. 7 no implicará consentimiento para adoptar medidas coercitivas.”

⁷¹ La postura tradicional de los tribunales franceses demuestra que un acuerdo arbitral no implica una renuncia a la inmunidad de ejecución, y ello se ve reflejado entre otros, en los asuntos *Duff Development / Kelantan Government*, *Cour d'appel* de París 1923, *ILR*, vol. 2, 1924, p. 124 ss; *Procureur de la République / Llamco*, decisión del *Tribunal de Grande Instance* de París, 5 marzo 1979, *ILR* vol. 65, 1984, p. 78 ss.; *República Islámica de Irán / Eurodif y Sofidif*, *Cour d'appel* de París, 21 abril 1982, *ILR*, vol. 65, 1984, pp. 93–98 y *Cour de cassation*, 14 marzo 1984, *ILM*, vol.23, 1984, pp. 1062 ss; y la más reciente decisión de la *Cour d'appel* de París dictada en el asunto *Noga / Embajada de Rusia*, el 10 agosto 2000. En el caso expuesto de *Sedelmayer / Rusia*, el *Kammergericht Berlin* declaró en decisión de 3 diciembre 2003, que la firma de un APPRI, en el que además se hacía referencia expresa a que la homologación del laudo se efectuaría acorde al CNY de 1958, no era suficiente para entender que el Estado había renunciado a su inmunidad de ejecución (en el mismo sentido y frente al mismo demandante, se pronunció el Tribunal Superior Regional de Colonia el 6 octubre 2003). Posteriormente el Tribunal Supremo Alemán, confirmó las decisiones de los tribunales de Berlín y Colonia, negándose a extender a

En este sentido, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 febrero 2012, en el asunto de la *inmunidad jurisdiccional del Estado (Alemania / Italia, Grecia interviniente)*, estableció que “Incluso cuando una sentencia ha sido dictada conforme a derecho contra un Estado extranjero, en circunstancias tales que éste no podría invocar la inmunidad de jurisdicción, no se sigue de ello *ipso facto* que el Estado contra el que se dictó sentencia pueda ser objeto de medidas coercitivas en el territorio del Estado del foro o en el de un tercer Estado con el fin de hacer cumplir la sentencia en cuestión”, razonamiento que es igual de válido respecto a los laudos arbitrales.

IV. Fuentes normativas de la inmunidad y práctica de los tribunales nacionales al ejecutar los laudos en materia de inversión.

1. La costumbre internacional

Existe consenso en afirmar que las normas internacionales sobre la inmunidad del Estado son esencialmente consuetudinarias, pues han sido los Estados quienes han participado en su elaboración, ya sea a través de la aprobación de leyes internas sobre la materia o de la abundante jurisprudencia de sus tribunales. Esta praxis jurisprudencial es la que ha dado respuesta a la existencia o no de inmunidad, su contenido y sus límites, cuando se pretende la ejecución de un laudo contra un Estado extranjero en el territorio de otro Estado. De hecho, la jurisprudencia es considerada el elemento básico en la construcción y posterior identificación de una costumbre internacional en materia de inmunidad soberana⁷². Y su constante evolución ha permitido que se conforme un uso y una *opinio iuris*, toda vez que los tribunales nacionales cuando deciden sobre la adopción de medidas coercitivas contra el Estado deudor de un laudo, frecuentemente citan los pronunciamientos de tribunales de otros países para fundamentar sus decisiones en este sentido, un desarrollo importante en la materia de la inmunidad soberana ha tenido lugar con la adopción de la CW de 1965 y la práctica jurisprudencial que han arrojado los intentos de ejecución forzosa de los laudos obtenidos en el Centro. Práctica que

la fase de ejecución forzosa, la renuncia previa que el Estado había hecho respecto a su inmunidad de jurisdicción. En estas decisiones, ambas de 4 octubre 2005 el más alto tribunal alemán hizo depender la ejecución contra el Estado de la finalidad que tenían los bienes a embargar. Lo mismo sucedió en los intentos de ejecución del laudo CIADI *LET-CO v. Liberia* ante los tribunales estadounidenses.

⁷² F. Gascón Inchausti, *Inmunidades procesales...*, op. cit., pp. 41–42.

cobra un interés adicional en la medida en que el art. 55 CW prevé una inmunidad de ejecución dinámica y en evolución, apreciable en el foro según el momento en que se pretenda la ejecución del laudo, y no circunscrita a un período fijo.

2. Regulación convencional internacional: Convención ONU 2004

La costumbre internacional no define completamente el régimen jurídico de la inmunidad del Estado, sino que este se apoya además en otros instrumentos como los tratados. En el ámbito de los convenios aún no existe ningún texto de carácter universal sobre la inmunidad soberana que esté en vigor, lo que sin duda ha influido en la práctica dispar de los tribunales nacionales, que no obstante, sí mantienen unos principios orientadores. En este sentido, el texto que encarna la tendencia más actual en el desarrollo de la inmunidad estatal es la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2 diciembre 2004, mientras que en un plano más regional, destacan la Convención Europea sobre la Inmunidad del Estado, hecha en Basilea el 16 mayo 1972⁷³ y un proyecto de Convenio interamericano sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados. Además de estos textos específicos, también existen convenios generales de codificación del Derecho internacional marítimo, los cuales cuentan con disposiciones dispersas que afectan a algunos aspectos de la inmunidad soberana. Sin embargo, tomando en cuenta el alcance de este trabajo y su repercusión en la jurisprudencia analizada, solo se hará referencia a la Convención ONU de 2004.

La decisión de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas de incluir la inmunidad soberana entre aquellas materias sobre las que era posible la elaborar un convenio de codificación con alcance universal, marca el origen de la Convención⁷⁴. En 1991 se aprobó de forma definitiva un proyecto de 22 artículos⁷⁵, texto elaborado por la Comisión de Derecho internacional sobre el que poste-

⁷³ Suscrita en el marco del Consejo de Europa, *ILM*, vol.11, 1972, pp. 470 ss. Esta Convención tiene un alcance limitado, habiendo sido ratificada solo por Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido y Suiza.

⁷⁴ La Comisión de Derecho internacional incluyó el tema de la inmunidad en 1978 (30º período de sesiones), en cumplimiento de la resolución 32/151 de la Asamblea General, de 19 diciembre 1977.

⁷⁵ El Proyecto de Artículos sobre La inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes de 1991 se puede consultar en el “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 2ª parte, 1991, pp. 12–67 (Doc. A/46/10).

riormente la Asamblea General nombraría un grupo de trabajo⁷⁶ para estudiar las cuestiones de fondo suscitadas por el proyecto. Tales antecedentes, expuestos a grandes rasgos, llevaron a que el 2 diciembre 2004, la Asamblea General aprobase la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la cual quedó abierta a la firma el 17 enero 2005⁷⁷.

Como se ha venido sosteniendo en este artículo, la inmunidad de ejecución no es absoluta y puede verse restringida en el caso de los bienes del Estado destinados a actividades comerciales en el extranjero (*acta iure gestionis*), sobre los cuales, en principio, cabe la adopción de medidas coercitivas. Por ello, la cuestión clave está en dirimir cuándo un bien se encuentra en la categoría de finalidad comercial o en la de aquellos afectos a actividades de soberanía. Aunque la Convención ONU 2004 no hace referencia expresa a la ejecución de los laudos arbitrales, en la labor de determinación de la finalidad de los bienes puede ser un referente el régimen establecido en sus arts. 18–21. Es cierto que la Convención aún no ha entrado aún en vigor⁷⁸, pero importantes decisiones judiciales de países como España, Reino Unido o la del Tribunal Supremo sueco en el asunto *Sedelmayer / Rusia*⁷⁹ se han apoyado en ella, por considerarla expresión del Derecho internacional consuetudinario vigente, al aglutinar tanto las diversas normativas nacionales, como la rica y variada jurisprudencia desarrollada por los Estados respecto a la inmunidad soberana. Así lo expresó la *High Court* en la ejecución forzosa del laudo CIADI dictado en el asunto *AIG Capital Partners / Kazajstán*⁸⁰, para denegar la adopción de medidas coercitivas sobre los bienes del Banco Central de Kazajstán sitos en UK. Sobre la base del art. 55 CW, la *High Court* decide aplicar la normativa inglesa en inmunidad soberana (sec. 14.4

⁷⁶ Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, que elaboró un informe, disponible en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/59/22)*

⁷⁷ N.U.Doc.A/RES/59/38.

⁷⁸ Según su artículo 30, la Convención “entrará en vigor en el trigésimo día a partir del depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación o adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas”. La Convención fue firmada por 28 Estados, y hasta el momento 16 naciones han depositado los correspondientes instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Entre estas últimas se encuentra España, adherida a la Convención el 21 septiembre 2011.

⁷⁹ Sin embargo, en este asunto sostenemos que la Convención ONU 2004 debió tener una aplicación subsidiaria a la Convención de Viena de 1961, debido al uso diplomático del bien, aunque fuese parcial.

⁸⁰ Caso CIADI n° ARB/01/6. Decisión de la *High Court, Queen's Bench Division*, de 20 octubre 2005 sobre la ejecución del laudo, *ICSID Rep.*, vol.11, 2007, pp. 118 ss.

State Immunity Act de 1978), al verla confirmada en el art. 21.1º.c de la Convención ONU 2004. El art. 21 de la Convención hace referencia expresa a aquellos bienes que se considera que siempre tienen una finalidad *iure imperii* y por tanto no pueden ser objeto de medidas coercitivas, entre los que se encuentran las cuentas bancarias utilizadas en el desempeño de las funciones de las misiones diplomáticas u oficinas consulares, los bienes destinados a fines militares, los pertenecientes a los bancos centrales, los que formen parte del patrimonio cultural del Estado o de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico, siempre que no estén en venta.

3. *Leyes nacionales sobre la inmunidad estatal*

A partir de 1976 varios Estados, principalmente de la órbita del *common law*, han venido adoptando una normativa interna para regular el alcance de la inmunidad soberana de los Estados extranjeros en su territorio. Entre los países que han aprobado una normativa específica sobre esta materia se encuentran EE UU⁸¹, Reino Unido⁸², Canadá⁸³, y Australia⁸⁴. Sin embargo, en este artículo únicamente se analizarán los lineamientos de la normativa de EE UU y de UK, y ello, en la medida en que aportan elementos de juicio necesarios para abordar las decisiones judiciales que serán traídas a colación (*vid. infra*, epígrafe IV. 4), emitidas por ambos países respecto a la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión.

A) EE UU

La *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 (*FSIA*) adopta como regla general el principio de que los bienes del Estado extranjero se encuentran cubiertos por la inmunidad de ejecución (sec. 1609), para establecer seguidamente una serie de excepciones, aplicables sólo en caso de que los bienes de los Estados extranjeros en el territorio de los EE UU estén destinados a actividades comerciales (sec. 1610).

A efectos de este trabajo es relevante el hecho de que la *FSIA* exige que el bien objeto de la ejecución –además de tener una finalidad comercial– ostente una conexión con la controversia arbitral que dio

⁸¹ *Foreign Sovereign Immunities Act 1976*, 28 USC §§ 1330, 1602–1611, *ILM*, vol. 15, 1976, pp. 1388 ss, reformada en 1988, *ILM*, vol. 28, 1989, p. 396 ss, y en 1996, *ILM*, vol.36, 1997, pp. 759 ss.

⁸² *State Immunity Act* de 1978, *ILM*, vol. 17, 1978, pp. 1123 ss.

⁸³ *State Immunity Act* de 1982, *ILM*, vol. 21, 1982, pp. 798 ss.

⁸⁴ *Foreign States Immunities Act* de 1985, *ILM*, vol. 25, 1986, pp. 715 ss.

origen al laudo [sec. 1610 (a) (2)]. Ello ha motivado críticas de varios autores⁸⁵, por entender que se exigen requisitos adicionales a los establecidos convencionalmente para la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión, limitando por tanto, la efectividad de estas decisiones. La *FSIA* también prevé como excepciones a la inmunidad, entre otras, la renuncia por parte del Estado a esta prerrogativa [sec. 1610 (a)(1)], o el hecho de que los bienes señalados para embargo hayan sido obtenidos por el Estado extranjero violando el Derecho internacional [sec. 1610 (a)(3)]. Sin embargo, de cara a la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión, posiblemente la excepción más importante de la inmunidad soberana es la introducida con la enmienda de 1988, presente en la sección 1610(a)(6). En virtud de este precepto, no serán inmunes los bienes del Estado destinados a actividades comerciales si el laudo arbitral que le condena ha sido homologado por una decisión que establezca que el embargo no sería contrario al acuerdo arbitral. La sección 1610 (a)(6) favorece en gran medida la ejecución de los laudos, ya sean emitidos en el marco del CIADI o se ejecuten en virtud del CNY, pues a diferencia de la situación existente con anterioridad a su entrada en vigor, no exige ninguna conexión entre los bienes comerciales del Estado extranjero y la disputa arbitral, y establece un régimen específico de ejecución para laudos arbitrales que llega a ser más favorable que el existente para las sentencias judiciales, incluso las dictadas en EE UU.

El art. 1611 establece “excepciones a la excepción”, y confiere una protección reforzada a ciertos bienes titularidad del Estado extranjero que no pueden ser objeto de medidas coercitivas en el seno de una ejecución forzosa, entre los que se encuentran los activos que ostente el Estado en organizaciones internacionales, las propiedades militares, los activos de un banco central extranjero, así como las instalaciones diplomáticas utilizadas con fines oficiales que intenten ser embargadas en virtud de la conocida como *Ley Helms Burton* [sec.1611(c)], clara referencia a la situación cubana que demuestra el papel relevante que juegan los factores políticos en materia de la inmunidad soberana.

B) Reino Unido

La *State Immunity Act* de 1978 (*SIA*)⁸⁶, también establece el principio general de la inmunidad de ejecución sobre los bienes de los Estados

⁸⁵ A. Mourre, “Ejecución forzada...”, *loc. cit.*, p. 189.

⁸⁶ Esta norma fue adoptada para hacer posible la ratificación del Convenio Europeo de 1972, texto con el que guarda una estrecha relación.

extranjero en el territorio de UK (sec. 13.2.b), para especificar a continuación una serie de excepciones en las que sí cabría la adopción de medidas coercitivas contra ciertos bienes. En este sentido, junto a la posibilidad de que el Estado renuncie a su inmunidad (hipótesis poco probable en el caso de oposición al cumplimiento del laudo), la *SIA* permite la ejecución sobre aquellos bienes que al momento de llevarse a cabo la ejecución, estén siendo empleados o estén destinados a ser utilizados con finalidad comercial (sec. 13.4). A diferencia de EE UU, la *SIA* no exige vinculación alguna entre los bienes objetos de ejecución y la disputa que originó el proceso ejecutivo.

Un precepto de la *SIA* de gran relevancia en la ejecución de laudos contra Estados extranjeros, lo constituye la sección 13.5, relativa a la prueba para determinar si el bien tiene una finalidad comercial o soberana, en cuyo último caso será inmune a la adopción de medidas coercitivas. Concretamente, la sección 13.5 establece que el jefe de la misión diplomática del Estado extranjero en UK podrá emitir un certificado acerca de si el bien designado por el demandante para el embargo está destinado o prevé destinarse a propósitos comerciales. Este certificado será aceptado por los tribunales ingleses como una evidencia suficiente, a menos que el demandante demuestre lo contrario, recayendo sobre esta parte la carga de la prueba. En el análisis jurisprudencial (*vid. infra*, epígrafe IV.4), podrá apreciarse que la aplicación de este criterio rompe la situación de igualdad que las partes venían ostentando en el arbitraje y puede llegar frustrar la ejecución del laudo.

4. La aplicación jurisprudencial: entre la ejecución efectiva de los laudos y la inmunidad de ejecución de los Estados

Como se ha visto, el principio que más se adecúa a la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión es el que distingue entre la finalidad de los bienes, para determinar aquellos sobre los que se llevarán a cabo las medidas coercitivas. Sin embargo, las normas que contemplan la aplicación de este principio y los criterios empleados en las diversas jurisdicciones para distinguir entre los bienes destinados a una finalidad soberana y los que presentan un destino comercial, no son uniformes. En países de Europa continental como Alemania, España o Francia no existe una legislación específica sobre la inmunidad del Estado extranjero, aunque la jurisprudencia sí se encuentra ampliamente desarrollada, y en líneas generales, también emplea la diferenciación en la finalidad de los bienes, como hacen las legislaciones internas de países del *common law* y las distintas Convenciones internacionales, señaladamente la Convención ONU 2004.

Por tanto, el análisis jurisprudencial sobre la inmunidad del Estado se efectuará con la mirada puesta en la aplicación de este principio por los distintos tribunales nacionales, y arrojando luz sobre los principales criterios empleados para diferenciar el destino de los bienes. Como se verá, en la tarea de designar que bienes pertenecen a una categoría u otra, resultarán claves cuestiones sobre la carga de la prueba, no definidas expresamente en todas las jurisdicciones. Algunos países requieren un nexo entre el arbitraje que dio origen al laudo y los bienes sobre los que se pretende la ejecución y, otros en cambio, exigen para llevar a cabo la ejecución esta conexión significativa tenga lugar entre el arbitraje y el Estado ante cuyos tribunales se busca la ejecución.

El análisis de esta jurisprudencia no es en modo alguno caprichoso⁸⁷, se trata de pronunciamientos que han jugado un papel importante en la configuración de los criterios de solución sobre la inmunidad de ejecución de los Estados. Y es que, a pesar de la carencia de un texto convencional vigente de carácter universal, existe una norma consuetudinaria plenamente identificada en materia de inmunidad jurisdiccional de los Estados y hay una práctica generalizada que distingue entre los actos *iure gestionis* y actos *iure imperii*, para restringir su inmunidad, como sostuvo la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 febrero 2012, en el mencionado asunto *inmunidad jurisdiccional del Estado (Alemania / Italia, Grecia como interviniente)*.

La práctica jurisprudencial en EE UU ha experimentado, a partir de 1952, una clara evolución desde un enfoque absoluto de la inmunidad hacia uno relativo, que es el mantenido a día de hoy. En aplicación de la *FSIA* de 1976 (Secc. 1610), los tribunales de este país requerían un nexo entre la disputa que dio origen a la sentencia judicial o laudo y los bienes vinculados a actividades comerciales que serán objeto de ejecución. Exigencia, también empleada por los tribunales franceses⁸⁸, limita seriamente las posibilidades de ejecución efectiva de los

⁸⁷ Como sostuvo Larenz, correcta conjunción entre dogmática jurídica y jurisprudencia es lo que hecho posible el desarrollo de conceptos y máximas de decisión que hoy pertenecen a la “consistencia firme” del Derecho vigente, K. Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2010, pp. 226–227.

⁸⁸ En el asunto *República Islámica de Irán / Eurodif* la decisión de la *Cour de cassation*, 14 marzo 1984 (*ILM*, vol. 23, 1984, pp. 1062 ss) también requirió este nexo, al establecer que la inmunidad de ejecución no opera en caso de que los bienes hayan sido usados o pretendan usarse, en la actividad económica o comercial de derecho privado que dió lugar a la demanda de ejecución forzosa. En Suiza, en cambio, el nexo exigible para la ejecución no es en materia de inmunidad, sino más bien de competencia judicial: para que los tribunales conozcan de la ejecución es necesario que el laudo arbitral haya sido dictado

laudos contra un Estado, al ser muy improbable la localización de bienes con tales características. Sin embargo, como se ha mencionado (*vid. supra*, epígrafe IV.3.A) desde la enmienda de 1988 la *FSIA* contempla un régimen específico para los laudos arbitrales que favorece su ejecución.

En la jurisprudencia de EE UU es destacable la ejecución del laudo CIADI *LETSCO / Liberia*⁸⁹, donde en aplicación de la normativa interna sobre inmunidad los tribunales de este país rechazaron adoptar medidas de ejecución sobre los bienes de Liberia que el inversor designó para embargo. La Corte del Distrito Sur de Nueva York en decisión septiembre 1986⁹⁰, reconoció el laudo y le otorgó fuerza ejecutiva. Sin embargo ante la oposición de Liberia a las medidas coercitivas, la Corte analizó si los bienes objeto de ejecución podrían considerarse vinculados a actividades comerciales de Liberia en EE UU [sec. 1610 (a) *FSIA*] y emitió una decisión donde se aprecia la diferencia entre las etapas de declaración de ejecutividad y la efectiva adopción de medidas coercitivas. En el proceso, la parte demandante había designado para embargo las tasas y los honorarios de registro abonados por buques con pabellón de Liberia. Empleando el principio que distingue la finalidad de los bienes, la Corte acogió los argumentos de Liberia y llegó a la conclusión de que estas tasas y honorarios cobrados por el Estado, se destinaban al mantenimiento de funciones soberanas y por tanto, eran inmunes a cualquier medida de ejecución forzosa⁹¹. Esta decisión sería confirmada por la Corte de apelación para el Segundo Distrito de los EE UU⁹². LETSCO, no obstante, volvió a intentar la ejecución del laudo, esta vez ante la Corte del Distrito de Columbia. Los bienes designados para embargo fueron otros, aunque con la misma improbabilidad de ejecución: las cuentas bancarias de la

en una disputa relacionada con el Estado helvético. Con lo cual, para instar un procedimiento de ejecución del laudo no es suficiente con que el estado deudor tenga bienes Suiza (*cf. LIAMCO / Libia*, decisión del Tribunal Federal suizo, de 10 junio 1980, *ILM*, vol. 20, 1981, pp. 151 ss). Tal exigencia ha generado serias críticas de la doctrina al considerar que se trata de requerimientos por encima del estándar mundial de protección establecido en el CNY, estos problemas no se darían en la ejecución de laudos CIADI, ya que la propia CW establece el vínculo jurisdiccional necesario.

⁸⁹ *Liberian Eastern Timber Company / Government of the Republic of Liberia*, laudo de 31 marzo 1986 (Caso CIADI nº ARB/83/2).

⁹⁰ Corte del Distrito Sur de Nueva York, 5 septiembre 1986, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 2, nº 1, 1987, p. 187.

⁹¹ Corte del Distrito Sur de Nueva York, 12 diciembre 1986, *ibíd.* pp. 188–192.

⁹² Decisión de 19 mayo 1987, no publicada. Para un análisis más detallado sobre este caso *vid.* A. Broches, “Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution”, vol. 2, nº2, 1987, pp. 287–334; J. Anne, “Recent Developments. Note on U.S. District Court decisions in Liberian Eastern Timber Corp. v. Republic of Liberia”, *Harvard Int’l L. J.*, vol. 29, 1988, p. 135.

Embajada de Liberia, bienes que sistemáticamente son declarados inmunes por la jurisprudencia de la mayoría de los países. La Corte del Distrito de Columbia rechazó las pretensiones de LETCO y manifestó que “el concepto de actividad comercial” debe ser definido de modo restrictivo, ya que la “inmunidad deviene como principio y no como excepción”, en este sentido “...la jurisdicción debe ser prudente cuando se pronuncia en las demandas que tocan las cuestiones de gobiernos extranjeros”. Sobre esta base la Corte sostuvo el criterio conforme al cual las cuentas bancarias de una Embajada están protegidas contra todo embargo, al beneficiarse implícitamente por la inmunidad diplomática de la Convención de Viena de 1961 y porque ninguna excepción de la *FSIA* conduce a privar a estas cuentas del beneficio de la inmunidad de ejecución⁹³.

Tanto la decisión de la Corte del Distrito Sur de Nueva York, como la del Distrito de Columbia está en sintonía con la jurisprudencia mayoritaria emitida en otras naciones sobre la ejecución de laudos arbitrales: partiendo de un principio de inmunidad relativa, y estableciendo una correcta distinción entre las etapas de reconocimiento y la de ejecución, se indaga en la finalidad de los bienes del Estado extranjero para otorgar o no la ejecución del laudo. El hecho de que en ambos casos los tribunales norteamericanos hubiesen rechazado ejecutar los bienes designados para embargo no puede considerarse una violación por el Estado del foro de la CW. Los tribunales denegaron las medidas coercitivas en aplicación de su normativa y jurisprudencia interna sobre inmunidad soberana. Posibilidad que viene expresamente contemplada en el art. 55 CW.

Los tribunales ingleses también han sido foro de ejecución de laudos CIADI. En el referido asunto *AIG / Kazajistán* la *High Court* rechazó trabar embargo sobre los bienes que el Banco Central de Kazajistán tenía en un banco privado londinense, al considerar que estos presentaban una finalidad soberana. Para llegar a tal decisión, la Corte aplicó la normativa inglesa sobre inmunidad, en relación con el art. 21 la Convención ONU 2004. Al tratarse de bienes del banco central y no del Estado propiamente dicho y no existir dudas sobre la finalidad soberana de tales bienes, no fue relevante el certificado del Embajador kazajo en Londres que prevé la *SIA*.

En la jurisprudencia de este país en materia de inmunidad soberana es emblemática la decisión de la Cámara de los Lores en el asunto *Alcom / Colombia*⁹⁴, en la que se pone de manifiesto la posición probatoria privilegiada del Estado frente al particular. En este caso los

⁹³ Corte del Distrito de Columbia, 16 abril 1987, *ICSID Reports*, vol. 2, 1994, p. 390.

⁹⁴ *House of Lords*, decisión de 12 abril 1984, *ILM*, vol. 23, 1984, pp. 719–726.

bienes objeto de ejecución designados por la demandante fueron las cuentas que la Embajada de Colombia tenía en los bancos First National y Barclays de Londres. El tribunal británico rechazó la adopción de medidas ejecutorias al considerar que las excepciones a la inmunidad de la *SIA* (sec. 13.4) no eran aplicables “a una cuenta corriente abierta en un banco con el fin de atender al gasto originado por el funcionamiento ordinario de la misión diplomática de un Estado extranjero”. En la decisión de la Cámara de los Lores fue determinante la “presunción” de soberanía de los bienes señalados para embargo, la cual se fundó en un certificado emitido por el Embajador de Colombia en Londres, en el sentido que prescribe la sección 13.5 de la *SIA*. Esta declaración fue aceptada como prueba suficiente y llegó a ser decisiva, al recaer sobre el demandante la carga de probar lo contrario. El establecimiento de esta presunción de soberanía de los bienes rompe con la igualdad de armas que las partes venían presentando desde el arbitraje y puede llegar frustrar la ejecución efectiva del laudo cuando existan dudas sobre la naturaleza de los bienes designados para el embargo. Sin embargo, decisiones de órganos jurisdiccionales de otros países, como el Tribunal Constitucional Federal alemán⁹⁵ y el Tribunal Supremo austríaco⁹⁶, también establecen la presunción de soberanía favorable al Estado, ante la posibilidad de que el embargo de la cuenta bancaria pusiese en peligro el funcionamiento de la misión diplomática y la ejecución se ha denegado sobre la base de que era el demandante quién debía demostrar que tal cuenta bancaria se empleaba solo para el ejercicio de actividades comerciales.

La jurisprudencia italiana también asume la presunción de inmunidad de las cuentas bancarias de las Embajadas. Concretamente la *Corte di Cassazione*, en el asunto *Benamar / Embajada de Argelia*⁹⁷ sostuvo que de acuerdo con el Derecho consuetudinario internacional las cuentas bancarias de las Embajadas extranjeras son absolutamente inmunes frente a la ejecución y cualquier intento de “verificar” si tales bienes son empleados total o parcialmente con fines oficiales,

⁹⁵ Decisión del *Bundesverfassungsgericht*, en el asunto *X. / Filipinas*, de 13 diciembre 1977, *ILR*, vol. 65, 1984, p. 146–192, donde el alto tribunal alemán rechazó el embargo parcial de la cuenta de la Embajada de la República de Filipinas, tanto por las dificultades técnicas que implicaba la distinción entre las sumas destinadas a *acta iure gestionis* y a *acta iure imperii*, como por el hecho de que la propia investigación judicial sobre los documentos de la Embajada constituía una intromisión en los asuntos de la misma. Por tanto, bastaría con una declaración del órgano competente del Estado demandado sobre el destino soberano de los bienes para considerarlos inmunes.

⁹⁶ Decisión del *Oberster Gerichtshof*, en el asunto *Republic of “A” Embassy Bank Account*, de 30 abril 1986, *ILR*, vol. 77, 1988, pp. 489–494.

⁹⁷ Decisión de la *Corte Suprema di Cassazione*, de 4 y 25 mayo 1989, *Am. J. Int’l L.*, vol. 84, 1990, pp. 573 ss.

constituye una intrusión indebida en los asuntos de la misión diplomática.

En el asunto *Sedelmayer / Rusia*, la decisión del *Kammergericht Berlin* de 3 diciembre 2003 acogió como prueba suficiente para rechazar las pretensiones del demandante, las alegaciones del Embajador ruso según las cuales las cantidades reembolsadas del IVA (bienes sobre los que se pretendía el embargo) eran empleadas exclusivamente para el mantenimiento y salvaguarda de la misión diplomática y consular. El alto tribunal berlinés consideró que no se requería un alto estándar en la aportación de pruebas para determinar que los bienes estaban destinados a labores soberanas del Estado y que por tanto, gozaban de inmunidad. El Tribunal Supremo Alemán, confirmó esta decisión y sostuvo que en aplicación de reglas del Derecho internacional público, bastaba la mera y abstracta posibilidad de que las funciones diplomáticas de la representación diplomática de Rusia en Alemania pudieran verse afectadas, para determinar que los bienes sobre los que se pretendía el embargo gozaban de inmunidad, siendo irrelevante que Rusia pudiese financiar tales actividades diplomáticas con otras fuentes de ingresos más allá del reembolso del IVA.

Los tribunales franceses también han reconocido inmunidad de ejecución a las cuentas bancarias de las misiones diplomáticas para el ejercicio de sus funciones. Lo han hecho de conformidad con el espíritu del de la Convención de Viena de 1961 (art. 25), aunque no estén expresamente contempladas entre los bienes protegidos del art. 22.3º. La jurisprudencia francesa, también sigue la línea de distinguir entre bienes del Estado destinados a *acta iuri gestionis* y los que tienen una finalidad de *iuri imperii*, considerados inmunes. En este sentido, en el proceso de ejecución del laudo CIADI *Benvenuti y Bonfant/República Popular del Congo*, la decisión de la *Cour d'appel* de París de 26 junio 1981 que corrige el pronunciamiento del *Tribunal de Grande Instance*, admite la distinción realizada por este tribunal inferior sobre la finalidad de los bienes del Estado extranjero. Por otra parte, el asunto *Noga / Rusia*⁹⁸ demostró que la carga de probar la finalidad *iure gestionis* de los bienes del Estado, y de las cuentas bancarias en particular, recae en el particular que insta la ejecución.

La jurisprudencia española, en línea con la actual práctica internacional, ha establecido que los bienes de las misiones diplomáticas y consulares son absolutamente inmunes a la ejecución forzosa. Esta inmunidad absoluta incluye las cuentas bancarias de las misiones, aunque tengan un uso mixto, como declaró el Tribunal Constitucio-

⁹⁸ *Noga / Embajada de Rusia*, decisión de la *Cour d'appel* de París, 10 agosto 2000.

nal⁹⁹ en sentido coincidente con los tribunales italianos y alemanes. La jurisprudencia española también considera que son inmunes a la ejecución los demás bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades *iure imperii*, aunque no así los que tengan una finalidad *iure gestionis*. Sobre éstos últimos, corresponde al juez que conoce de la ejecución comprobar que se encuentren “inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio, actúa de la misma manera que un particular”¹⁰⁰. En estos casos, es posible la adopción de medidas coercitivas sin necesidad de que los bienes estén relacionados con la actividad *iure gestionis* de la que derivó el litigio, lo que “haría ilusoria la ejecución en determinados casos” como afirmó la Sentencia del Tribunal Constitucional 29 noviembre 1994 y reiteró la de 14 marzo 1997¹⁰¹. En cuanto a las medidas concretas de ejecución forzosa es destacable el Auto del Tribunal Constitucional de 1 julio 2002 por el que se inadmite el recurso de amparo presentado por EEUU, dando por bueno el embargo de las cantidades que en concepto de devolución del IVA correspondían al Estado¹⁰². A diferencia de la decisión del *Kammergericht* de Berlín en el asunto *Sedelmayer / Rusia*, donde se declaró la inmunidad absoluta de estas cantidades sobre la base de que eran depositadas en cuentas corrientes de la embajada, en el caso resuelto ante los tribunales españoles, la solución resulta más respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva –en este caso de un trabajador despedido– y la evicción del posible abuso del derecho, al trasladar al Estado la obligación de acreditar qué cuantía de las devoluciones del IVA tenían un origen comercial.

Este análisis jurisprudencial no podría concluir sin hacer referencia a la reciente ejecución forzosa en España del laudo CIADI *Pey Casado*

⁹⁹ Cf. Sentencia 107/1992, de 1 de julio, Sala Segunda del Tribunal Constitucional, *BOE*, 24-VII-1992, pp. 29-36.

¹⁰⁰ Cf. Sentencia 292/1994, de 27 de octubre, Sala Primera del Tribunal Constitucional, *BOE*, 29-XI-1994, pp. 32-36.

¹⁰¹ Cf. Sentencia 18/1997, de 10 febrero, Sala Segunda del Tribunal Constitucional, *BOE* 14-II-1997, pp. 5-13.

¹⁰² Cf. Auto 112/2002 de 1 de julio, Sección Cuarta del Tribunal Constitucional. Embargo decretado por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid mediante Auto de 13 julio 2001, efectuando previo requerimiento al Estado para que concretase qué parte del IVA soportado correspondía a operaciones relacionadas con los locales y medios de transporte de la Embajada de EE UU en Madrid y cuál se derivaba de actividades *iure gestionis*. En este caso el Estado se había limitado a alegar la inmunidad absoluta de todos los importes. La ejecución se llevó a cabo al considerarse que el Estado incumplió su carga probatoria y entre otros motivos, la devolución del IVA, no sólo resultaba de actividades de soberanía, sino también de actividades comerciales derivadas de Convenios de cooperación e intercambio comercial.

/ *República de Chile*¹⁰³. España no ha designado, a diferencia de otros Estados de su entorno, a una autoridad competente para encargarse de la ejecución de los laudos del Centro, acorde a lo establecido en la CW 1965, no obstante, el procedimiento de ejecución se materializó ante los tribunales de primera instancia de Madrid, despejándose así las dudas creadas por innumerables elucubraciones teóricas, sobre a qué órganos del Estado español correspondería la competencia efectiva para adoptar, en su caso, las medidas coercitivas contra un ente estatal extranjero. El laudo obtuvo un reconocimiento directo y fue ejecutado contra el Estado chileno como si se tratase de una sentencia española, adoptándose con éxito las medidas ejecutivas sobre los bienes designados para satisfacer la condena pecuniaria impuesta en el laudo.

V. Conclusiones

Como se ha podido apreciar, la posibilidad de la ejecución efectiva de los laudos arbitrales constituye un elemento esencial en el sistema internacional de protección de inversiones. Este sistema ha buscado establecer, principalmente a través de los APPRI, un entorno de solución de conflictos distinto de las reclamaciones Estado-Estado, que como se ha visto a lo largo de la historia, pueden ir desde la protección diplomática hasta las intervenciones militares. Para evitar tales manifestaciones, el *ius standi* concedido a los inversores les permite resolver las posibles controversias directamente con los Estados receptores y en situación de igualdad a través del recurso al arbitraje internacional, del que pueden obtener un laudo obligatorio y susceptible de ser ejecutado en múltiples jurisdicciones. Sin embargo, cuando en estos arbitrajes –ya sean ante el CIADI o no– la parte perdedora es un Estado y se niega a cumplir el laudo, hemos visto que la inmunidad de ejecución puede constituir un importante obstáculo procesal a los intentos de ejecución forzosa.

En este sentido, la inmunidad soberana puede ser una baza importante que aumenta el poder de negociación de los Estados y su capacidad para alcanzar un acuerdo con los inversores como se ha visto en el caso de Argentina, tanto en el marco del proceso arbitral, como en la posterior fase ejecutiva del laudo. Y es que la práctica jurisprudencial de países como Reino Unido, Alemania, Italia o Francia, demuestra que al Estado suele bastarle un mínimo esfuerzo probatorio para alegar exitosamente que los bienes objeto de ejecución ostentan una finali-

¹⁰³ *Vid. infra*, pp. 244-248 y nota de A. López Ortiz, pp. 248-252.

dad de *iure imperii* y por ello gozan de inmunidad. Se rompe así, en cierta medida, la igualdad de armas que las partes venían ostentando durante el arbitraje, aunque ello no implica necesariamente una vulneración de los derechos del justiciable, como se demostró en *Sedelmayer / Alemania* ante el TEDH.

El hecho de que el Estado haya renunciado a su inmunidad de jurisdicción al someterse voluntariamente a arbitraje o a los tribunales de otro Estado, no implica una renuncia a alegar la inmunidad de ejecución para impedir que se adopten medidas coercitivas indiscriminadas por el Estado del foro. Así lo refleja la mayoría de la jurisprudencia de los tribunales nacionales y la reciente sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 febrero 2012, dictada en el asunto de la *inmunidad jurisdiccional del Estado (Alemania / Italia, Grecia interviniente)*; también la Convención Europea de 1972 y la Convención ONU 2004, que a pesar de no estar en vigor, constituye la máxima expresión del Derecho consuetudinario internacional.

La práctica jurisprudencial de los Estados refleja que reiteradamente es rechazada la adopción de medidas coercitivas sobre las cuentas bancarias de misiones diplomáticas, como se puso de manifiesto en la ejecución del laudo CIADI *LETCO / Liberia* ante los tribunales norteamericanos. No es relevante que estas cuentas tengan una finalidad mixta y una parte del capital se destine a actividades *iure gestionis*. Sobre tales bienes existe inmunidad absoluta y la indagación acerca de su finalidad constituye una intrusión indebida en los asuntos de la misión diplomática, como han declarado los tribunales italianos y españoles. Los bienes de los Bancos Centrales de los Estados también se consideran inmunes, como demostró la ejecución del laudo CIADI *AIG / Kazajistán* ante los tribunales ingleses. Y en general, también serán inmunes todos aquellos bienes titularidad de Estado con una finalidad soberana u oficial no comercial.

Tanto el Convenio de Nueva York de 1958, como la Convención de Washington de 1965, dejan salvo las normas que sobre inmunidad soberana existan en el Estado del foro donde se pretenda la ejecución del laudo. Sobre esta base, ninguna de las Convenciones obliga a los Estados contratantes a ejecutar un laudo arbitral cuando una sentencia equivalente, dictada por sus propios tribunales, tampoco podría ejecutarse acorde a la normativa en materia de inmunidad. En tal supuesto el Estado del foro no habría violado ni el art. III CNY, ni el art. 54 CW, a pesar de que este último establezca el reconocimiento automático del laudo CIADI.

Sin embargo, el Estado perdedor en el arbitraje, aunque tenga éxito en alegar su inmunidad para evitar la ejecución, no podrá cambiar el *status* de cosas establecido por el laudo: seguirá siendo deudor. Al tratarse de un arbitraje de inversión, podrá incurrir en responsabilidad internacional frente al Estado de nacionalidad del inversor, por violación del APPRI u otros acuerdos suscritos, y en este plano los Estados no gozan de ningún tipo de inmunidad. A ello, se une el descrédito que sufrirá el Estado incumplidor frente a los inversores potenciales y entidades financieras, consecuencia que si bien no tiene naturaleza jurídica, sí ostenta un componente disuasorio para las conductas infractoras.

En el caso de incumplimiento por un Estado de un laudo CIADI, la CW de 1965 prevé específicamente la activación de los mecanismos establecidos en los arts. 27, relativo a la protección diplomática y 64 CW, con remisión a la Corte Internacional de Justicia, a través de los cuales la controversia pasará a un plano interestatal. No obstante, estos supuestos implican que el inversor pierde el control sobre su reclamación, debiendo aceptar los acuerdos indemnizatorios que en su caso lleguen a cerrar el Estado de su nacionalidad y el Estado condenado en el arbitraje, que en la mayoría de los casos no se corresponde con la realidad de los daños sufridos. La pertenencia del CIADI al Grupo del Banco Mundial podría colocar al Estado incumplidor en una posición de difícil acceso a préstamos y créditos concedidos por organismos internacionales, con lo cual, además de la presión económica, la tan preciada reputación del Estado también podría verse afectada. Ello se vislumbra como una posibilidad más efectiva para conseguir el pago, que las medidas de retorsión adoptadas a título individual por Estados de sólida economía. Las cuales, además de afectar la soberanía del Estado contra el que se ejercen, han demostrado en la práctica su ineficacia en el logro de un acuerdo, al afectar principalmente a la población civil del Estado receptor y no a sus círculos de poder.

La CNY y con mayor intensidad aun, la CW, otorgan al inversor favorecido por el laudo la posibilidad de buscar su ejecución ante los tribunales de los distintos Estados contratantes. Con lo cual, sobre los bienes del Estado incumplidor en el extranjero destinados a *acta iure gestionis*, se cierne el peligro constante de embargo ante una práctica jurisprudencial internacional que ha evolucionado desde una concepción absoluta de la inmunidad, a una apreciación relativa de este privilegio. Esta práctica jurisprudencial, si bien suele emplear unos criterios comunes para la distinción de los bienes del Estado como acerta-

damente señaló la Corte Internacional de Justicia, la práctica de los tribunales está lejos de ser uniforme en cuanto al alcance y regulación de la inmunidad. Con lo cual, el éxito de la ejecución forzosa del laudo contra un Estado podrá depender en gran medida del foro elegido para llevarla a cabo, donde en todo caso, deberán existir bienes suficientes del deudor, asumiendo el particular los costes de esta averiguación previa. El inversor también habrá de ser especialmente cuidadoso en señalar los bienes más adecuados para la adopción de medidas coercitivas y una vez hecho esto, demostrar fehacientemente que se encuentran destinados a una finalidad *iure gestionis*, levantando así la presunción de soberanía que como se ha visto, suele favorecer al Estado.

Bibliografía

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: “Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno”, *Anuario de Derecho internacional*, t. III, 1976, Pamplona, Eunsu, pp. 321–346.
- ANNE, J.: “Recent Developments. Note on U.S. District Court decisions in Liberian Eastern Timber Corp. v. Republic of Liberia”, *Harvard International Law Journal*, vol. 29, 1988, p. 135.
- BJORKLUND, A.: “State Immunity and the Enforcement of Investor–State Arbitral Awards”, *The University of Texas School of Law*, Houston, Texas, Mayo 13–14, 2010.
- BROCHES, A.: “Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution”, *ICSID Review– FILJ*, vol. 2, nº2, 1987, pp. 287–334.
- BLANE, A.: “Sovereign Immunity as a Bar to the Execution of International Arbitral Awards”, *Journal of International Law & Politics*, New York University, vol.41, nº 2, 2009, pp. 453–505.
- DE LOS SANTOS, C.: “La ejecución y el reconocimiento de los laudos dictados en arbitrajes comerciales y en arbitrajes de inversiones”, *Arbitraje*, vol. V, nº 2, 2012, pp. 437–442.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O.: “La inmunidad del Estado”, en M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 18ª ed., 2011.
- CHOI, S.: “Jurisdiccional Enforcement of Arbitration Awards under the ICSID and New York Conventions”, *N.Y.U.J. of Int’l Law and Politics*, nº. 1–2, vol. 28, 1995–96, pp. 175–182.
- DELAUME, G.R.: “ICSID Arbitration Proceedings: tactical Aspects”, *Pace Law Review*, vol. 5, nº3, 1985, pp. 563–589.
- DÍAZ–CANDIA, H.: “Eficacia de la responsabilidad del Estado: inmunidad doméstica y extranjera en la ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales”, *Arbitraje*, vol.V, nº 3, 2012, pp. 725–756.

- FELDSTEIN, S. y LEONARDI, H.: *Cómo y cuándo demandar a un Estado Extranjero*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1996.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Abogacía internacional*, vol. I, *Arbitraje*, Madrid, Rasche, 2014.
- : “El arbitraje internacional y sus dualidades”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, t. XV, 2006, pp. 1–24.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Civitas, 2011.
- FOX, H.: “State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Do We Need an UNCITRAL Model Law Mark II for Execution Against State Property”, *Arbitration International*, vol.12, n° 1, 1996, pp. 89 y 93.
- GAILLARD, E.: “The Enforcement of ICSID Awards in France: The Decision of the Paris Court of Appeal in the SOABI Case”, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 5, n°1, 1990, pp. 69–72.
- : *The ICSID Convention: A Commentary*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- : *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, Edersa, 1980.
- GAMBOA MORALES, N.: *La inmunidad soberana de jurisdicción en el arbitraje comercial internacional. Evolución y actualidad*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 91 ss.
- GIARDINA, A.: “L’execution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 71, 1982, p. 293 ss.
- GUGLYA L.: “International Review of Decisions Concerning Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Threat to the Sovereignty of the States or an Overestimated Hazard (so far)?”, *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, vol. I, 2011, pp. 93–122.
- HUNTER, J.M. y GARCÍA OLMEDO, J.: “Enforcement/Execution of ICSID Awards against Reluctant States”, *The Journal of World Investment and Trade*, vol.12, n°3, 2011, pp. 307–319.
- KAUFMANN-KOHLER, G.: “Enforcement of Awards– A Few Introductory Thoughts”, *ICCA Congress Series n° 12*, Coord. Albert Jan van den Berg, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 287–290.
- KRÖLL, S. y GRIEBEL, J.: “Protecting Shareholders in Investment Law: To Pierce or Not to Pierce the Veil, That Is the Question!”, *Stockholm Int. Arb. Rev.*, vol. 2, 2005, pp. 93–114.
- KRYVOI, Y.: “Chasing the Russian Federation”, 13 julio 2011, disponible en <http://www.cisarbitration.com/2011/07/13/chasing-the-russian-federation/>.
- LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2010.
- MICHINEL ÁLVAREZ, M.: “La dimensión internacional de la ejecución del laudo”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. XI, n° 1, 2011, pp. 6–15.
- MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, Madrid, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, t. I., pp. 490–493.
- MOURRE, A.: “Ejecución forzada de laudos internacionales”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 5, 2007, pp. 153–216.

- REED, L., PAULSSON, J. y BLACKABY, N.: *Guide to ICSID Arbitration*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2011, p. 185
- REMIRO BROTONS, A.: *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974.
- SCHREUER, C.: *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1988.
- SOMMER, C.: “El reconocimiento y la ejecución en los laudo arbitrales del CIADI: Ejecución directa o aplicación del *execuatur*?”, *Revista electrónica cordobesa de Derecho internacional público*, vol. I, nº 1, 2011.
- VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2007.
- WOLFF, R. (ed.): *New York Convention. Commentary*, Múnich, C.H.Beck–Hart–Nomos, pp. 43–53.
- ZIADÉ, N.G.: “Introductory Note to the February 25, 1988, award in *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Etat du Sénégal*”, *ICSID Rev.–FILJ*, vol. 6, nº1, 1991, pp. 119 ss.